

## ケイムズとスミス

——ケイムズ法学研究序説——

田 中 正 司

### 目 次

- 一 道徳感覚理論と正義論
- 二 歴史的批判の論理と方法
- 三 正義と便宜の調和原理の探求
- 四 ケイムズ法学の常識哲学的構造とその帰結
  - (1) 客観主義的道徳感覚論の難点
  - (2) ハチスン・ケイムズ・スミス関係の動態

### 一 道徳感覚理論と正義論

(一) ケイムズ卿ヘンリ・ヒューム (Henry Home, Lord Kames, 1696-1782) は、ヒューム、スミス、ファースン、ミラ  
1、リード等のスコットランド啓蒙の立役者たちとだけでなく、ボズウェル、タッカー、フランクリンらとも交友の

あったスコットランド啓蒙の大立物である。彼は、G・ターンプルと共に、トマス・リード、D・ステュアートに代表されるスコットランド常識哲学の先駆者の一人とされる一方、モンテスキュー、スミスとならぶ法の自然史の創始者として知られているが、教育論や文芸批評などをも含む哲学と、法学と歴史学、さらには経済問題にまで及ぶ多面的な業績を残している<sup>(1)</sup>。ケイムズは一八世紀のスコットランド啓蒙の中心人物にふさわしいアンシクロペディストであったのであるが、こうしたアンシクロペディストとしてのケイムズ思想の全貌は、一七七四年に公刊された『人間史素描』に最もよく示されているといえよう。しかし、彼の中心主題は、あくまでも高名なスコットランドの法律家としての経歴の示すように<sup>(2)</sup>、スコットランド近代化のための法改革にあった。ケイムズの法思想がわれわれの関心の対象になる所以もそこにあるが、ケイムズの法思想を理解するためには、その基礎をなす彼の哲学そのものから出発する必要がある。

一七五一年に公刊された彼の哲学上の主著『道德自然宗教原理試論集』(Essays on the Principles of Morality & Natural Religion. Edinburgh, 1751. 以下『試論集』と略称)は、自然法道德論と認識論からなっているが、彼はその第一部で「道德感覚」原理に基づく自然法の理論を展開している。彼がそこで展開した道德理論は全体としてハチスンの祖述にすぎず、「ケイムズは、道德論では自分がシャフツベリ、ハチスン、バトラーの徒であることを明らかにしている」<sup>(3)</sup>が、彼は道德判断の基礎を感覚ないし感情に求めるハチスンの「道德感覚」理論の主観主義的性格と、神のデザインを否定したヒュームの宗教批判に対する反撥から、「道德感覚」の認識的機能よりも良心的性格を強調することとなったのであった。彼が、「良心ないし道德感覚は、何らわれわれの行為の原理をなすものではなく、その道案内であり指導者であるにすぎない」が、「良心の権威は、……われわれが対象に直面するときに抱く直接的感情から生まれるもので、……道德感覚はわれわれの内なる神の声 (the voice of God within us) である」<sup>(5)</sup>としていたのも、そのためであった。

「ケイムズは、ハチスンとちがつて、道德感覚が動機原理であることを求めないで、それを行為の權威ある道案内とみ」、バトラーの「良心」に近いものと考えていたのである。<sup>(6)</sup> 彼がターンプル (George Turnbull, 1698~1749) と共に、トマス・リードへの道を拓いたスコットランド常識哲学の礎石を築いた思想家であったといわれる一つの理由はそこにある。<sup>(7)</sup> 彼は、ヒュームやターンプル、スミスらと同様、ハチスンの道德感覚理論から出発しながら、それを万人共通の「良心」として実体化することによって、道德感覚の客観性を保障しようとしたのである。彼が、後述のように、未開人と文明人との差異を「趣味の洗練」<sup>(8)</sup> 度の差異に求めていたことも、同じような考え方に基づくものであったといえるであろう。

(二) ケイムズの「道德感覚」理論はハチスンのそれと微妙な差異をもっていたのであるが、彼はこのような道德感覚理論の上に道德の原理としての「自然法」論を展開している。この自然法論も「主としてハチスンの道德論に示唆された」<sup>(9)</sup> ものであるが、ケイムズはハチスンの自然法論をそのまま鵜呑みにしていたのではない。その点を象徴的に示しているのが「自然法」論の第三章における正義と仁愛の区別である。彼によれば「仁愛と寛大は、正義よりもより美しく、愛と尊敬をよりひきつけるが、社会の維持にはそれほど必要でないで、それらは是認の喜びという一般的关系にまかされる。しかし、正義、信仰、真理は、それらなしには社会は全く存立しえないので、上述の特殊な感情の対象になる。」<sup>(10)</sup> ケイムズは、こうした仁愛と正義の差異の認識から「正義その他の主要な徳性」と「仁愛その他の二次的な徳性」<sup>(11)</sup> とを区別し、「正義〔その他の第一の順位の道德的行為〕は、寛大よりも社会の秩序と存立に本質的なで」強制・刑罰の対象になるが、「第二の順位のそれは、社会の改良に貢献はするが、その存立に厳密には必要ではないので、われわれ自身の選択にまかされる」<sup>(12)</sup> としている。アダム・スミスの『道德感情論』第二部における正義と仁愛の区別がこのケイムズの議論に示唆されたものであったことは、スミスの『法学講義』の編者その他が一樣に指摘

する通りであるが、このような正義と仁愛、oughtとmayの区別がハチスンの仁愛論的正義論を批判の対象にしていたことは、両者の思想関係をみれば直ちに明らかになる事実である。しかし、こうしたoughtとmayの区別によるハチスン批判は、何らケイムズの独創ではない。それは、むしろ、「ハチスンの社会的・経験的方法の拡大」としての「ヒュームの正義論」<sup>(14)</sup>の主題であった。ケイムズの独自性は、彼が「正義と不正義について」と題する第七章でヒュームの正義論そのものを直接批判している点にある。

ケイムズはそこでヒューム正義論の基本的難点としてヒュームの正義＝コンヴェンション論を批判し、ヒュームは「所有権の観念はコンヴェンションによって正義が確立されたのちに生まれる」というが、「所有権は自然の原理に基づいており、その侵反には悔恨と義務違反の感覚が伴う」とした上で、そのようなコンヴェンションに先立つ自然権としての所有権の基礎を「人間と彼の勤労の果実との間の特有の関連」<sup>(15)</sup>に求めている。このようなケイムズの理論がスミスの『法学講義』の所有権論と基本的に同じ考え方に立脚していることは明らかであるが、彼はさらにヒューム正義論のより大きな難点として、ヒュームが「すべての徳性を同感に分解しながら、……同じ原理を正義の基礎とすることを差し控えている」<sup>(17)</sup>ことの矛盾を指摘している。ケイムズはヒューム正義論の最大難点としての同感論と正義論との分裂の事実をいち早く認識していたのであるが、彼はヒューム正義論のもう一つの問題点として、ヒュームの効用正義論の弱点をも批判している。「正義が共通利害の一般的感覚に基づくものにすぎないとすれば、それは当然人間本性の最も弱い感情ということになり、不正義が見知らぬ人になされた場合にはとくにそうだということになるが、……これはすべての経験に反すること、不正義の感覚は、人間性に属する最強の感覚の一つで、……犯された悪に對しては刑罰に価するという感情を伴うものである」<sup>(18)</sup>と、ケイムズは考えたのである。

このようなケイムズの思想がスミスのそれと多分に共通する側面をもつことは明らかである。スミスが『道徳感情



論』と『法学講義』の共通の主題としていた同感原理に基づく正義論の構築による効用正義論批判は、直接的にはケイムズのヒューム正義論批判の主題を継承・展開したものであったのである。「スミスの自然法学理論……が、ヒュームの自然的正義論に対するケイムズの明示的・暗示的批判の具体化であり展開である」といわれる理由はそこにある。スミスの『道徳感情論』の同感正義論は、ハチスンの仁愛市民社会論を批判したヒューム正義論の難点をついたケイムズの主題の展開であったのである。しかし、スミスの正義論がこのようにケイムズのハチスン、ヒューム批判の展開であったということは、スミスの『道徳感情論』がケイムズの『試論集』の思想のたんなる継承・展開にすぎなかったことを意味するものではない。反対に、スミスの『道徳感情論』は、ケイムズの正義論とその基礎をなしていた『試論集』の認識論との批判をかくされた主題の一つとするものであった。その次第を明らかにするため、次にケイムズの認識論そのものを考察することにしよう。

(三) ケイムズは、『試論集』の第二部で七試論からなる認識論を展開している。この認識論は、「外的対象の実在性を否定することによって、感覚の権威を根底からくつがえし、そうすることによって最もいまわしい懐疑主義への道を拓く」<sup>(20)</sup>バークリや、ヒュームの懐疑主義に対し、触覚や視覚その他の感覚や本能のもつ意義を問い直すことを通して、道徳と宗教を擁護することを目的としたものであった。彼が第二部の第三論文その他で感覚の欺瞞性をはっきりと承認しながら、「こうした経常的欺瞞の存在するあらゆる場合に、自然は真理に到達する手段を提供している」<sup>(21)</sup>だけでなく、欺瞞の外見それ自体が有用な目的に役立ちうるように「賢明に工夫されている」とした上で、触覚その他の「外部感覚」のもつ「感覚の権威 (the authority of our senses)」を確証した所以はそこにある。ケイムズは、「われわれが自分の感覚に信頼をおくように生まれながら作られ「自然によって構成され」<sup>(22)</sup>ている」事実、そうした「自然の構造」への信頼の上に、万人共通の感覚の権威を基礎づけていたのであるが、彼はこうした「感覚の権威」への信頼と

「力の観念」その他の検討を通して、神に関するわれわれの知識を論証しようとしたのである。

このようなケイムズの認識論がスミスに大きな影響を与えていることは、スミスの「外部感覚論」の検討を通して篠原久氏が明らかにした通りである。<sup>(23)</sup> スミスは、人間の認識能力そのものを「自然の構造」に即してとらえるケイムズの認識論、その根底をなす自然神学からさまざまなことを学んでいたのである。しかし、スミスがケイムズの常識哲学の影響を受けているということは、必ずしも「外部感覚論」その他の論考におけるスミスの哲学的考察の主題がケイムズ、リードの常識哲学の一面的受容にあったことを意味するものではない。スミスの主題はむしろ、「自然の構造」に由来する「感覚の権威」をそれとして認めながら、同時に、そうした感覚、とくに、知覚の信頼性を確かめ、問い直す点にあったように思われる。ケイムズのように触覚や知覚その他の感覚が万人共通の「共通感覚ないし共通感情 (common sense, and common feelings)」<sup>(24)</sup> として直接真理に至りうるように自然によって構成されているとすれば、常識＝真理となり、大衆の偏見がそのまま真理として罷り通る場合が出てくるからである。スミスが『哲学論文集』や『道徳感情論』その他の諸論考の中で、「人類の諸行為と行動を抽象的で哲学的な見方でみ、」「抽象的で一般的な方法で考察する」(TMS, IV. 2. 2)「哲学者」たちの思索の抽象性をきびしく批判し、「大衆」の感覚への信頼性を表明する一方、さまざまな「大衆的偏見」(ED, II)を伴った「大衆の目」(LJA, vi. 33)には「決して適合するようにみえない効果を生むことを可能にする」(LJA, vi. 42-43)「哲学者」の努力の優位性を強調していた理由はそこにある。<sup>(25)</sup> スミスは、カーマイケル、ハチスン、ターンプル、ケイムズらの自然神学観に従って、自然の構造に即した本能や触覚のもつ独自の意義に大きく注目しながらも、ケイムズのように感覚の権威に全面的な信頼をおき、万人の「共通感覚と共通感情」をそのまま肯定することなく、知覚の主観性をしっかりと見据えながら、そうした感覚の一つとしての道徳感覚原理に基づく自然法の認識可能性の探求を主題としたのである。

スミスが『道徳感情論』で、観、察、者、の、同、感、の、う、ち、に、正、義、の、法、の、原、理、を、求、め、た、理、由、も、そ、こ、に、あ、る、。彼は、前述の「外部感覚」とならぶ「内部感覚」の一つとしての「道徳感覚」が万人共有の良心として「共通感覚」化されると、個々人の個別的な道徳感覚が即自的に正当化されてしまうことから、「観、察、者、の、同、感、」に道徳判断の「状況に即した適宜性 (Situational Propriety)」を求めることによって、ケイムズの常識哲学の独断を揚棄しようとしたのである。しかし、観察者の同感も、のちに詳しく論証するように、所詮は主観的・相対的なものでしかないのであるため、スミスは『法学講義』では、同感法のケース―環境分析のうちに、道徳感覚に基づく法の客観化の可能性を手探ることとなったのであった。このようなスミス同感論の基本構造が、道徳感覚の客観性の保障 (道徳感覚の主観性揚棄の道)を「道徳感覚」自体の客観性の論証 (本能や感覚の権威、「共通感覚と共通感情」の普遍性論証、道徳感覚の良心化) に求めたケイムズの道徳感覚理論と基本的に性格を異にすることは明らかである。スミスは、ケイムズが「自然の構造」をもとに基礎づけた常識哲学の意義をそれとして承認しながらも、それを絶対化することなく、「道徳感覚」のもつ認識機能とその主観性をじっくりと見据えることにより、ヒュームが断念した道徳感覚原理に基づく正義の法の可能性を論証しようとしたのである。『道徳感情論』の同感理論が、認識論的には、ヒュームの懐疑主義とケイムズの常識哲学の両面批判であったのではないかと考えられる一つの根拠はそこにある。<sup>(26)</sup> スミスは、観察者の同感を原理とする人―人関係倫理を同感法のケース―環境分析によって客観化することによって、同感原理に基づく自然法の可能性を否定していたヒュームを批判する一方、人間に生得の道徳感覚がそのまま客観的な道徳判断原理たりうると考えていたケイムズの常識哲学的独断をも批判の対象としていたのである。

スミスが同感を唯一の原理とする自らの方法をニュートンのと規定したことの背景にも、同様にその意味では、人間の行為の原理をゴタゴタと羅列し、同感を感謝、仁愛などとならぶ行為の原理の一つと考えていたケイムズ<sup>(27)</sup>に対す

る批判的含意があったのではないかと想像される。スミスは、こうした認識批判（『感情論』における認識論の確立）の上に改めて後述のようにケイムズ法学の常識哲学的帰結をきびしく批判すると共に、それに代るより経験的な倫理学と法学を展開することとなったのである。その成果が『道徳感情論』と『法学講義』であることはいままでもないが、このようなスミスの思想展開がケイムズ批判を契機としていたことは、正義論そのものの内実からも傍証される。

④ 既述のように、ケイムズは正義と仁愛、*ought* と *may* を一応ははっきり区別していたが、しかし、彼は「仁愛の対象が困窮である場合には、仁愛が義務になる」<sup>(28)</sup>として、法の対象としての *ought* の義務に属するものの中に、①他人の身体や財産の不侵害だけでなく、②困窮者の救済、③約束の厳守、④感謝、⑤仁愛を含ませている。<sup>(29)</sup> ケイムズは、仁愛は一般的には「義務ではなく、美德にすぎない」が、縁故のある人間の救済は衡平法法廷の主題となり、「その場合には仁愛は……積極的義務となる」<sup>(30)</sup>としていたのである。このようなケイムズ思想は、彼が自然法学者より直接的にはハチソンの「完全権」と「不完全権」との区別に従って、<sup>(31)</sup> 正義と仁愛とを区別し、必要原理を法の領域から倫理のそれに引き下げることによって、生存権原理を完全権の対象から除外しながらも、いまだスミスのように市場の論理による所有問題の解決を確信しえなかったため、<sup>(32)</sup> 「正義」の中に困窮者の救済とそのための仁愛の義務を含めざるをえなかった当時の思潮を反映したものといえよう。ケイムズは、仁愛をも「正義」論の主題としていたハチソンの仁愛正義論の克服を主題とし、正義と仁愛、第一の徳と第二の徳とを明確に区別しながらも、スミスのように所有の重大な不平等にもかかわらず全般的富裕の可能性を論証しえなかったため、<sup>(33)</sup> 「正義」論の主題を不侵害と交換的正義にのみ限定することができず、法と道徳との区別を明確になしえないままにとどまっていたのである。

このようなケイムズの正義論に対し、スミスが『道徳感情論』で「正義」論の直接の主題を他人の権利の不侵害としての「交換的正義」にのみ限定し、感謝・救済・仁愛はすべて美德の対象であるとして、貧者が他人の財産に対す

る完全権をもつことを暗々裡に否定したとき、スミスはハチスンとやらんでケイムズをも暗黙の批判の対象としていたといえるであろう。スミスの『道徳感情論』の正義論は「配分的正義」の問題を「正義」論の直接的対象から除外し、「正義」論の主題を「交換的正義」にのみ限定するものであったが、スミスは、他人の権利の不侵害としての狭義の正義（交換的正義）さえ保障されれば社会が成り立つだけでなく、社会全体の配分的正義もそれなりに実現される次第の論証を「法学」の主題の一部とすることによって、困窮者の救済を法の主題としていたハチスンやケイムズ正義論の限界を克服しようとしたのである。<sup>(34)</sup>

しかし、『感情論』の正義論が交換的正義論の確立によるケイムズ批判にあったということは、いうまでもなく『感情論』の正義論がケイムズの『試論集』のみを考察の対象にしていたことを意味するものではない。『感情論』の正義論は、ハチスン、ヒューム、ケイムズの正義論の同時批判を意図したものであったが、ケイムズの『試論集』は、あえていえば、ハチスン正義論批判原理としての正義と仁愛の区別と、ヒュームの効用正義論批判の方向を教えただけで、『感情論』の正義論に具体的な素材を提供したのは、ケイムズの著作では『試論集』よりもむしろ後述の『法史考』の「刑法」論や、「法廷」論を中心とする衡平法論の議論であったように思われる。その点の具体的論証は本稿の主題ではないので割愛する他ないが、<sup>(35)</sup>『感情論』の正義論が刑法問題を中心に行っていることも、ケイムズの『法史考』が刑法論を基軸にしていた事実と関係があるといえよう。

(五) スミスは、ハチスンやヒュームだけでなく、ケイムズの『試論集』や『法史考』から学びながら『感情論』の主題を展開していたのであるが、こうしたハチスン、ヒュームとならぶケイムズの影響は、ケイムズが『試論集』の第一部第三試論で展開した「自由と必然」論が『感情論』の欺瞞論の直接的基盤をなしている点にも示されているといえるであろう。ケイムズは、カーマイケル―ハチスン―ターンプルらの自然神学 (Teleological Realism or Providential



Naturalism)を継承し、それによって道德感覺の客観性を基礎づけていたが、彼がそのような自然神学観に基づいて展開した知覚の欺瞞理論と、道德界における欺瞞の例証は、『感情論』の欺瞞理論の直接のベースをなすものであった。<sup>(37)</sup>「各人には彼自身の職務が指定されているので、各人がその義務を果すならば、社会全体の利益は、それがあらゆる個々の行為の目的とされる場合より、はるかに上手く増進されるであろう」という「自然法」論の思想も、上の議論に対応するものとして、スミスの思想とケイムズとの親近性を示すものといえよう。

ケイムズの『試論集』にはその他にも『感情論』の相互同感論の萌芽や、『感情論』の「悔恨」論の原型をなしていると考えられる「悔恨と、刑罰に価することの恐怖」の議論など、『感情論』の論理のヒントやモデルになったと思われる用語や事例がみられる。それらは必ずしもケイムズ独自の思想ではなく、ハチスンその他の道德感覺学派の共通の思考様式に基づくものであるが、スミスが『道德感情論』を執筆したとき、ハチスンやヒュームとならんで、ケイムズの『試論集』の認識論と正義論をも直接的な批判・克服の対象にしていたことは確かである。スミスはケイムズの『試論集』をその思想展開の一つの基軸にしていたのであるが、ケイムズの中心主題は、あくまでもこうした『試論集』の方法に基づいて法の理論を展開する点にあったのであった。

## 二 歴史的批判の論理と方法

(一) ケイムズは、一七二八年以降、資料集を含めて法学に関する十数冊に及ぶ著作を上梓しているが、『法史考』と『衡平法原理』に代表されるケイムズ法学の主題は、リーバーマンの論文の題名の示すように、スコットランドの法律を新しい商業社会の現実に対応させるための法改革にあった。ケイムズがこうした法改革を主題としたことの背景としては、合邦後も手つかずのままに残されていた私法と司法機構のイングリランドとの相違・矛盾の調整の必要とい



う合邦に伴うブリテンの法統一の必要と、その一つの原因をなした「封建的な農業社会からより商業的な産業社会」への移行に伴う法の原理的再検討の問題があった。<sup>(43)</sup> ケイムズは、このような状況の中で「完全な合邦」実現に必要な法統一を推進するため、商業社会の必要に即した法改革を意図したのであった。それが彼の法学の中心主題であったが、その最初の代表作が『法史考』(*Historical Law-Tracts*, 1758)である。

ケイムズは、この書物の序文で、「法はとりわけ、未開社会の原基形態から相いつく変化をへて文明社会における最高に改良された形態に至るまで歴史的に跡をたどるときにのみ合理的研究になる」として、「法令についてしっかりした判断を形成し、その精神と意図を知るためには、」法の時代的背景や法の欠陥ないし改善点を知らねばならぬが、「これらの明細事項は歴史的知識を必要とする」という趣旨のことを語っている。その上で、彼はこのような法の歴史的吟味の方法として、「事実」の不足を推測で補ういわゆる「理論的推測的歴史」(*Theoretical or Conjectural History*)の方法を提唱している。D・ステュアートは、この理論的推測的歴史の元祖をモンテスキューに求め、その継承者にケイムズとスミスとジョン・ミラーをあげているが、<sup>(46)</sup>『法史考』への道を準備したケイムズの直接の先駆的業績としては、ダルリンプル (Sir John Dalrymple of Cranston, 1726~1810) の『英国封建的所有一般史論』(*An Essay towards a General History of Feudal Property in Great Britain*, 1757)がある。<sup>(48)</sup> この書物の意図は、序文の冒頭の句の示すように、「イングランドとスコットランドにおける封建的起源に由来する限りの土地所有に関する法の大要を封建時代の最初から跡づけ、さまざまな時代におけるその変化を示し、そうした変化の原因を見究めること」<sup>(47)</sup>によって、今日ではすでに衰微しているにもかかわらず、依然として崇敬されている封建体制を未開↓文明の進歩の視点から吟味する点にあった。<sup>(48)</sup> ケイムズの『法史考』は、この『封建的所有一般史論』の中心主題をなしていた封建制導入史、土地所有史、限嗣相続(封土権)史、相続法史、不動産譲渡形式史、司法権と裁判手続形式史等の主題をより精密に展開したも

のに他ならないが、ということは、『法史考』がダルリンプルの一方的影響下にあったことを意味するものではない。ダルリンプルは逆に『封建的所有一般史論』の冒頭のケイムズへの献辞で自分の研究がケイムズとモンテスキューとに負うことを明言しているだけでなく、内容的にも両者の見解は、六四年に公刊されたダルリンプルの『限嗣封土権政策考』の示すように、限嗣問題に関しては大きく対立している。<sup>(50)</sup> 両者は相互的な影響・批判関係にあったのであるが、ケイムズはダルリンプルの処女作より一〇年前の一七四七年に公刊された『英国の古事』(Essays upon Several Subjects concerning British Antiquities, 1747)でも、すでにはっきりと『法史考』の根本思想を展開していたのであった。たとえば、彼はその第一論文で「スコットランドへの封建法の導入」について論じたのち、第四論文で次のような思想を展開している。

「封建法は、全面的に戦争に適した、その目的に合うように見事に工夫された制度であった。しかし、それは、労働と産業<sup>インダストリー</sup>の全き敵であり、平和時には怠惰な人びとの間でさえほとんど耐えがたいものであった。そのような制度は、いつまでも続くことができなかったのも、時代環境と人びとの気質に従って、さまざまな変化がそれぞれの国に導入された。それらはすべてこの制度の難点を匡正し、それをより平和的な体質に和らげるのに役立った。この制度は、多くの地方では全く消滅し、残存しているところさえ、痕跡化している。土地は最も欲しい物の一つであるのに、封建法は、土地財産を完全に商業から排除し、軍事奉仕による以外にはそれを保持し使用するいかなる手段も殆ど与えない点で、極めて不自然であった。戦乱の時代にはこの不法もあまり感じられなかったが、平和の技術が開拓され、製造業と交易がヨーロッパに再びおこり、富が増大しはじめて以来、この制度は極度に耐えがたいものになった。<sup>(51)</sup>」

彼は、封建法が封建社会の本性(nature)に根ざしたものとして、新しい商業社会の現実に対応しえないことをこ

の時点ですではっきりと認識していたのであるが、この基本認識が『法史考』やスミスの『法学講義』のそれと同じであることは、やがて本論で明らかにされることであろう。『英国の古事』以来のケイムズの主題は、合邦以降のスコットランド人の共通主題であった合邦Ⅱ商業発展の現実の中で「富と徳性」の根本原理としてのライトの問題をフレッチャー以来の歴史的問題意識に即して歴史的に再検討する点にあったのであるが、ケイムズの法の自然史論の基本的特色は、スミスの『法学講義』と同じ *originally……But when, or, at first……But in time* <sup>(52)</sup> 等の手法に基づく歴史的批判の論理が合理的推測の力を借りて展開されている点にある。<sup>(53)</sup> たとえば、彼は、封建的書式に関して、「土地が上級者〔殿様〕に対してなされた奉仕に対応する禄として保有されていた間は、そのような譲渡に関する書式全体と上級者のための不時の負担はすべて土地所有の本性 (nature) に適合していた。しかし、土地が商業の対象に戻り、動産のように貨幣と交換されるようになったとき (but when)、領主と家臣との間の封建的関係の帰結であった書式と不時の負担は、正式にはこれらの新しい取引にかなる場所をも占めえず、あらゆる点においてそれと矛盾した。人が土地を買い、十分な代金を支払うとき、売買の約定の目的は、いかなる形でも売り手に従属しない無制限の所有権をもつことであるのに (and yet)、権利証書は、土地には他の証書が使われていないため、封建的書式で作製するよう義務づけられる慣習になっている。そのため、購買者は、取引の性質 (nature) に反して、家臣に変身させられた。……もとより、このような矛盾は、いつまでも永続しうべくもないので、形式は徐々に実質に屈するようになった。土地が普遍的に世襲になり、もはや知行ではなくなったとき、封建法の書式は残りはしたが、その実質は漸次すりへったのである。……このように封建法の実質的部分が消えうせたときに、われわれが依然として土地財産の譲渡に大変な手間と費用を要する書式の抑圧下にあることは遺憾なことである」<sup>(54)</sup> とのべている。このケイムズの論理と方法がスミスの『法学講義』の歴史的批判の論理と驚くほど親近性をもっていることは、のちに詳しく論証する通りであるが、

ケイムズはある慣行ないし法が生まれた当初の事情(circumstances)とその後の事情(環境)の変化の歴史的考察を通して、古い慣行(法)が最初はその社会の本性(nature)に合致していても、事情(環境)が変わった社会では通用しない次第を明らかにすることによって、今日の社会の本性に合致しない法慣行を批判したのである。

こうした考察方法に対応するのが、未開対文明の対比的考察の手法と、その作業仮説としての四段階論である。ケイムズは『法史考』の中で繰り返し未開社会と文明国との対比的考察を行っている<sup>(55)</sup>だけでなく、スミスの『法学講義』の四段階論の一つの素材をなしていたと考えられる四段階論を展開している<sup>(56)</sup>。このケイムズの四段階論は、ダルリンブルの三段階論<sup>(57)</sup>をより精密化したもので、萌芽的には初期の著作にもみられるが、所有権の成立をめぐる四段階分析<sup>(58)</sup>は、『法学講義』私法論の原型ないしモデルをなすものとして大きく注目される。もとより、ケイムズの四段階論は、スミスほど精密ではなく、可成り単純なものにすぎない。にもかかわらず、彼はこうした四段階論を基軸にした未開文明、「最初は……、しかし、……した今は」の対比的考察を通して、「法は、静態的な変化しないものではなく、そうであることはできず、むしろ、社会それ自体と同様、たえず変化と成長の過程にあるものであり」、「人民の生活様式の変化に適應しえない……法は、悪法である」<sup>(60)</sup>と考えていたのである。こうしたケイムズ思想を集約的に表現しているのが、「一国の法は、それが人民の生活様式や環境、政治形態に照応するとき完全になるが、これらの事柄は静止していることはめったにないので、法はそれらの変化に伴うべきである。従って、法の規則は、最初はどうなにも完全でも、いつまでも完全であり続けることはできない。……それゆえ、法の進歩とその刷新の知識が不可欠である」<sup>(61)</sup>という思想である。これは一七八〇年に出版された書物の言葉であるが、この根本観念は『英国の古事』以来のケイムズの一貫した思想であった。彼が『法史考』の中で「最初は……、しかし今は……」用語を頻用し、法の歴史的ケースー環境分析をした所以はそこにある。彼は、後述の『衡平法原理』の思想により明確に示されているように、

「自然的正義」の原理を道德感覚によって知られる事物の「自然 (Nature)」に求めながらも、それが時代環境によって異なることから、その「特定の内容」を知る手掛りを歴史に求めることによって、法改革の根拠をこのような環境の変化に対応しない封建的法慣行のアナクロ性の論証に求めたのである。<sup>(62)</sup> ケイムズが、スコットランド法のうち「最初は便宜のうちに基礎をもっていた他のものも、政治関係と人類の習慣を変える時の経過のうちに、環境の変化から不適当で実質的正義に反するようになった」として、新しい商業社会の動向を踏まえた法改革のための歴史的議論をした所以はそこにあるが、このような環境による法の変化認識こそ『法学講義』の根本思想をなすものであった。スミスが『法学講義』で展開した法の歴史的分析はケイムズに負うところが大きかったのであり、スミスはケイムズから法の歴史的批判の論理と方法を鼓吹されていたのである。<sup>(64)</sup> しかし、『法史考』と『法学講義』との類似・影響関係は、たんに方法だけの問題ではない。

(二) ケイムズの『法史考』は、ハチスン『道德哲学体系』やスミスの『法学講義』のような自然法学体系ではなく、法の歴史的批判のための個別的な法学論文集にすぎず、法廷の訴訟手続をめぐる議論が過半を占めている。全体の構成も、刑法論からはじまって、信約論をへて所有権をめぐる議論に進み、そのあとで公法論に関連する主題にふれたのち、法廷論と法廷の訴訟手続をめぐる主題が展開される構成になっており、『法学講義』とは主題も配列も全くちがう。にもかかわらず、多くの点で『法学講義』の主動機をなしていたのではないかと考えられるほど『法学講義』の主題との実質的共通性がみられることが注目される。

たとえば、第一論文の「刑法史」論では、「怠慢者 (the delinquent)」の怠慢 (懈怠) に基づく侵害の感覚が、被害者側に「憤慨 (resentment or indignation)」感情を生み出すだけでなく、加害者 (怠慢者) 側にも「刑罰に価するとの意識 (the sense of merited punishment)」<sup>(65)</sup> ないし悔恨＝不正義の感情を生み出すという、『道德感情論』の侵害↓憤慨↓正義＝



悔恨論や恩恵↓感謝↓仁恵論の基軸になる思想が展開されている。その上で、こうした正義の基礎をなす憤慨感情の「パーシャルティ」認識から「公平な (impartial)」審判者としての政府が形成されるに至った次第が歴史的に考察されている。このケイムズの議論は、被害者の憤慨感情を客観化する観察者の同感理論を欠き、正義の担い手が為政者に求められている点で、『感情論』の同感↓正義論と決定的に異なっている。にもかかわらず、スミスがこの『法史考』の刑法論を『感情論』と『講義』の正義論の素材にしていたことは、そこに『感情論』や『講義』の議論と同じ事例(たとえば、金銭和解制等の例)が数多くみられることや、刑罰に関する議論が『講義』の正義論の鍵用語をなす懈怠 (delinquency) 用語を基軸に展開されていることから窺い知られる。『法学講義』の正義論が、「対人権」論の一部の「懈怠」論の中で「刑法」論として展開されていた謎をとく一つの手掛りはそこにあると考えられる。これらの事実  
は、スミスの正義論がケイムズの憤慨↓メリット論の良心・人間愛論的限界を観察者の同感理論にまで深めたところ  
に成立したものであったことを示すものといえよう。

第二論文では、商業の一般化に伴う「約束と契約」の問題が主題とされ、取引の証拠としての証人や自白、令状、宣誓、偽証等『法学講義』の素材となったと思われる議論が展開されている。これらの主題は、プーフエンドルフやハチスンが展開していた論点で、別にケイムズ独自のものではないが、第三論文の「所有権史」論では、所有権の成立根拠が四段階論的に論及されており、『講義』私法論の原型ともいえるべき議論が展開されている。このケイムズの議論はハチスンの人一人所有権 (moral property) 論をより四段階論的にとらえ直したものであるが、スミスが『法学講義』私法論で所有権の成立を四段階論的に基礎づけるさいにケイムズの『法史考』を参照していたことは明らかである。スミスは、ケイムズの歴史的な分析から所有権と段階ステージとの関係についての暗示をえていたのであるが、このように『法史考』の議論が『講義』の下敷になっていたことは、「引渡し」の条件としての「象徴的保持」論(66)や、相続に



からむ諸議論や「土地均分法 (agrarian law)」批判<sup>(67)</sup>など、『講義』と同じ主題が数多く展開されていることから推測される。

第三論文の所有権史論でより以上に注目すべきは、『講義』私法論の限嗣相続批判とほとんど同じ議論が土地の商品化阻害視点から展開されている点である。限嗣相続(封土)権は、「家臣の権利が一代限りの用益権にすぎない」ことから生まれる地所の荒廃を防ぐという「封建体制の本性そのものから生まれた」<sup>(68)</sup>ものであるが、その条件がなくなつた今日においては「スコットランド改革の障害」であり、正規の政府と平和の確立した社会ではたんに「自然と理性」に反するだけでなく、商業と改革を妨げる最大の障害になっていると、ケイムズは考えたのである。<sup>(69)</sup>彼が限嗣相続を「暴力的で不自然な体制」<sup>(70)</sup>である封建法の遺物として批判し、商業のための土地分割を主張した根拠はそこにある。

ケイムズは、スミスと同様、限嗣相続や長子相続制度が所有の自然法に反するだけでなく、「産業と商業を破壊する」<sup>(71)</sup>ことをみ、その視点からそのアナクロ性を批判していたのであるが、第五論文の法定推定相続人 (heir-apparent) の特権論でも、封建的保有の本性の定義に基づく封建法批判が展開されている。彼はそこで封建法が、「武力の行使が唯一の科学であり、唯一の商業であった野蛮時代」の産物にすぎず、平和の確立した現代では「長年の慣行と常習的習慣以外にはそれに耐えさせうるものは何もありえなかった」<sup>(72)</sup>次第を『英国の古事』より明確に指摘している。ケイムズは「両国の市民法の統一の障害をなす……スコットランドの限嗣封土権の問題」<sup>(73)</sup>を取上げるようにとの大法官ハードウィック (Lord Chancellor Hardwicke) の忠告に従って、限嗣封土制に代表される封建的土地所有の問題を刑法問題と共に『法史考』の中心主題としていたのであるが、『法学講義』がこうしたケイムズの限嗣封土権、封建法批判の主要動機を継承していることは、両者の論理と方法を対比するとき、より明らかになることであろう。

第四論文では、スミスの『法学講義』と同じ対物権 (real rights) の分類に基づいて、完全な所有権の制限としての

抵当権その他の問題が論じられているが、ここでも『法学講義』の「緩慢進歩」論の一つの基軸をなしている小作制成立史 (the history of leases) 論が譲渡抵当 (mortgage) や担保権 (hypothec) 等の特権の成立根拠の説明に展開されている。<sup>(74)</sup> スミスが『法学講義』の「治政」論で大土地所有制度下の労働形態としての奴隷—隷農—分益小作農と借地農の労働との対比的考察 (LJB, 290-3) を行ったとき、<sup>(75)</sup> 彼はケイムズの歴史叙述をも念頭においていたと考えられるが、第六論文の「地方管轄 (regalities) 権史」論では、効用 (公共善) よりも権威を重んじた大家族の没落の原因、それをもたらした事情 (環境) が、土地の自由売買↓商業関係の発展↓奢侈の導入にあった次第が明らかにされ、貴族<sup>バロン</sup>がその結果没落したのに対し、王だけは逆にその支配力を強化するに至った事情 (circumstances) と、ドイツだけがその唯一の例外であった理由が論究されている。<sup>(76)</sup> この歴史認識がフレッチャ―・テーゼの展開であることは明らかであるが、スミスの『法学講義』公法論の歴史叙述や、それに対応する『国富論』第三編の議論が、フレッチャ―やヒュームとならんでケイムズをも下敷にしていたことは確かであるといえよう。

第六論文ではこの他にさらに腐敗慣行を是正するための「再訴答権 (repledging, reclaiming)」の問題が扱われ、第七論文以降最後の第一四論文までは、「法廷史」論と、法廷における訴訟手続にからむ訴訟事件摘要書 (briefs) や、不在手続、強制執行、差押え等の諸問題が論じられている。こうした『法史考』のとくに後半部の構成・内実は、『法史考』が政府論ではなく直接的な法令改革のためのコート論でしかないことを示しているが、にもかかわらず、法廷史論の議論や訴訟事件摘要書論、不在手続論のそれが『感情論』や『講義』の「正義」論の素材になっていることは明らかである。しかし、これらの主題は、商業の発展、土地の商品化に伴うエクイティの視点から展開されており、その点でわれわれにとって意味をもつので、次の衡平法論で論ずることにしよう。

### 三 正義と便宜の調和原理の探求

(一) ケイムズは、『法史考』上梓の二年後、スミスの『道徳感情論』公刊の翌年の一七六〇年に、『法史考』とならぶ彼の法学上の代表作である『衡平法原理』<sup>(77)</sup> (*Principles of Equity*, 1760) を刊行している。この書物は、彼が『法史考』の法廷史論その他で実質的に考察の対象にしていたエクイティの問題を中心主題にしたものであるが、彼が『法史考』に続けて『衡平法原理』を公刊したことは、彼の関心が『法史考』の歴史的批判を踏まえた現状批判原理の構築にあったことを示すといえよう。彼は衡平法をコモン・ロー批判原理として確立することによって、『法史考』の歴史的批判をより現実化しようとしたのである。

エクイティとは、「一般の通常の法廷の職域であるより通常の法の部門」に与えられた名称であるコモン・ローに對して、「大法院の法廷に移された特別部門」の名称で、「裁判官が明確な規則よりも良心に顧みて正しいと考えるところに従って」<sup>(78)</sup> 裁決する場合の法の原理に他ならない。このようなエクイティが問題になるのは、既定の法律を基準とするコモン・ロー法廷では個別の正義(エクイティ)に反する判決しかできない場合がおこるため、法はすべての特殊の事例を網羅しえないため、その救済が衡平法法廷の課題とされることになったのである。<sup>(79)</sup> 「衡平法裁判所が、第一にコモン・ローの欠陥是正のために、次に、その硬直性ないし不正義の矯正のために必要とされる」<sup>(80)</sup> 所以はそこにある。

「衡平法法廷の主たる職能は、コモン・ローが救済を与えない場合にライト「正義・権利」を有効化することである」<sup>(81)</sup> が、ケイムズの衡平法原理で注目すべきは、そこで考えられている「正義の原理」が当然のことながら契約の遵守に集約されるホッブズの意味での「交換的正義」ではなく、それとは異なる「矯正的正義」の実現が衡平法法廷の主題

とされている点である。<sup>(82)</sup>「たとえば、地代が貨幣利率をこえる場合には、購買者は当然「正当に」差額を要求しうる<sup>(83)</sup>」という。彼は、実質価値の平等、公正価格の保障をエクイティの名において要求していたのであるが、このような衡平観念がホッブズやスミスの交換的正義の観念と異なることは明らかである。エクイティは、本来「正義の正確な配分<sup>(84)</sup>」ないし「正義の公平な配分<sup>(85)</sup>」を主題とするものとして、交換的正義よりより広い正義観念を含むものであるが、「法的治政 (legal police)」の担い手としての上級裁判所は、「便宜」だけでなく、「実質的正義 (material justice)」の有効化に努力すべきものとされたのである。<sup>(86)</sup>

ケイムズがこのようなエクイティを主題にした一つの背景としては、新しい商業関係の発展に伴って従来のコモン・ローでは上手く処理しえないケースが数多く発生した点があげられる。エクイティが公正価格の実現、取引における不正義の救済を主題とした理由はそこにある。彼は、「自然的正義」の原理に照して新しい商業関係に対応しえなくなったコモン・ローの欠陥を是正し、そのもたらす不正義を救済しようとしたのである。しかし、その結果、個別の正義の保障のみが優先し、善意の (bona fide) 取引が安心して行いえなければ、商業は成り立ちうるものではない。ケイムズが『衡平法原理』の第一編で「正義の原理に基づく衡平法裁判所の権力」について詳論したのち、「効用原理に立脚する衡平裁判所の権力<sup>(88)</sup>」を第二編の主題とした根拠はそこにある。効用がエクイティの原理になるのは、商業社会では個別の正義(個々のケースにおける実質的正義の保障)よりも取引の安全の方が大切なためで、「善意の支払のケースには」「貨幣取引に自由な水路を与える方が商業社会に利益になる<sup>(89)</sup>」からである。彼が、従来のコモン・ローでは救済しえない個々人の実質的正義の回復と商業の必要に基づく便宜の原理とのバランスの必要を説いたのもそのためであった。彼は、それぞれのケースにおける実質的正義の保障をエクイティの第一原理としながらも、そのような個別の正義の強制(たとえば、「穀物とその重量単位」との実質的な平等保障)が反って取引に悪影響を与え、取引の安全を

損う場合があることをみたため、エクイティは正義と効用という二つの原理に基づいて考えられねばならぬとしたのである。<sup>(90)</sup>

このようなケイムズの考え方は、彼が正義をヒューマニティその他の「自然の原理」によって基礎付けた上で、『法史考』でも問題にしていた「正義と便宜」、「衡平と便宜」<sup>(91)</sup>の調和を『衡平法原理』の中心主題としていたことを示しているといえるであろう。しかし、彼は、いまだスミスとちがって、このような「正義と便宜」の調和原理を見出しえなかったため、正義<sup>(92)</sup>とエクイティの根本原理を人間の「自然の原理」に基づく自然法に求めながらも、それと商業上の必要に基づく便宜<sup>(93)</sup>（効用）の原則とが矛盾・対立する場合には、効用が優先すると考えていたのである。たとえば、彼は『衡平法原理』の第二編の冒頭で、「正義は、権利を有効化し、悪を救済するという二つの等しく主要な事柄にかかわりがある。前者の場合には、効用が正義と合致するが、後者に関しては、効用が正義に優先する」<sup>(94)</sup>とした上で、その例に善意の支払いの場合をあげている。「ケイムズは、正義を一般諸規則の効用の犠牲にしていただけでなく、彼はさらに衡平法裁判所が個人的請求権の正義を無視して、効用原理を堅持するケースの範囲を特定化し」、「エクイティが少数個人だけの利害に関わる場合には、効用が社会全体にかかわる限り、効用に譲歩すべきである」<sup>(95)</sup>と示していたのである。「ケイムズが商業国では正義の原理が効用の命令に全面的に包摂されるかも知れないことを暗示さえていた」<sup>(96)</sup>といわれる理由はそこにある。このようなケイムズの考え方は、彼が商業社会では実質的正義は保障されなくとも、交換的正義さえ守られればよいと考えていたことを示すものといえるであろう。ケイムズは、エクイティの根本原理を（配分的）正義<sup>(97)</sup>と自然法に求めながらも、そのようなエクイティの原理に基づく正義の強制が反って取引の安全を阻害する場合があるため、法的治政の原理としてのエクイティは、個別の正義より、社会全体の効用<sup>(98)</sup>と便宜<sup>(99)</sup>と交換的正義を優先させる要があると考えていたのである。



このようなケイムズ思想が正義を非アリストテレスの意味での交換的正義に限定したスミスの思想に通じるものがあることは確かである。しかし「正義」の原理とその執行者としての「治政」の原理とをこのように正義Ⅱ自然法、治政Ⅱ効用という形で区分することが、妥当かどうかは別問題である。既述のように、ケイムズは、『試論集』でヒュームにおける同感論と正義論との分裂を批判し、正義を道德感覚から導いていたが、エクイティの原理も、『衡平法原理』の第二版の「予備的論説」<sup>(96)</sup>の示すように『試論集』の道德感覚理論に立脚するものであった。彼は、スミスと同様、「正義」を道德感覚原理に立脚する「自然の原理」から導いていたのであるが、にもかかわらず、彼は自然の原理を「治政」の原理とすることができず、正義Ⅱ自然の原理の法Ⅱ治政の原理としての貫徹を信じることはできなかった。そのため、正義は自然法に基づくが、治政は効用によるとしたのである。ケイムズは、法の原理としての正義論と治政論とを区別し、正義は同感（道德感覚）に基づくが、治政は効用によるとしていたのであるが、このような二分法は、ケイムズがヒュームの効用正義論、その根底をなすヒュームにおける同感論と正義論との分裂を揚棄しえず、問題を二重化しただけにすぎないことを示すものといえよう。治政Ⅱ経済の世界にも自然の原理が貫徹するとしたスミスの主題が、このようなケイムズの矛盾・限界の克服にあったことは今や明白であるが、スミスがケイムズの『衡平法原理』の論理を前提しながら、その克服を主題としていたことは、『衡平法原理』の方法の面からも論証されうることであろう。

(二) ケイムズは、エクイティの根本原理は「個人への人間愛」その他の自然の原理に基づく「自然的正義」感にあるが、何が衡平であるかはそれぞれの特殊なケースのすべての事情（circumstances）を考慮に入れて決められなければならないとしている。彼は、人間の自然的正義感と同じでも、その表現は環境（circumstances）によってさまざまに変わり、「ライトは環境と共に変る」<sup>(97)</sup>ので、人間の自然的正義感に基づくエクイティの具体的適用は、それぞれの特定の



ケース—環境に即して考えられねばならぬとしていたのである。しかし、「人間は偏見と誤謬に陥りやすい」し、法は「実質的に正しくとも、恣意的で」あつてはならぬので、「個別のケースは、悪を矯正し、欠陥を是正するための衡平法の介入を要求するかも知れないが、」エクイティの原理は「同種のあらゆるケースに平等に適用しうる」<sup>(98)</sup>ように一般規則化されねばならぬという。このようなケイムズの考え方は、その限り同感原理に基づく法の「一般規則」化を意図したスミスの『道徳感情論』の思想と方向を同じくしているようにみえる。彼が、所有権にからむ問題は、一般規則化できるのでエクイティの対象になるが、友情や血縁にからむ問題は、一般規則化できないので除外されねばならぬとしていたことも、<sup>(99)</sup>彼が基本的にはスミスと同じような考え方をしていたことを示すものといえるであろう。

彼が「エクイティは、コモン・ローが救済しないで放置しているあらゆる法律問題に及んでいたので、エクイティの事実上の範囲を歴史的に演繹する形で同定することが可能であつた」<sup>(100)</sup>として、コモン・ローの歴史的吟味を通して、エクイティの原理を導いていたのも、同じような考え方に基づくものに他ならない。彼は、「コモン・ローの正しい観念はエクイティの知識を導くであろう」として、コモン・ローの歴史的演繹を通して、その彼方にほの見える衡平法の具体的内容（一般規則）を知ろうとしたのである。ケイムズが『法史考』に続けて『衡平法原理』を執筆し、『法史考』の歴史的考察の過程で問題とされるに至ったエクイティの原理に改めて関心したのも、必ずしも偶然ではないのである。

このようなケイムズの方法は、スミスにおける実定法と自然法の関係に近いようにも考えられるが、ケイムズの方法は実際にはスミスの方法とは微妙な重大な差異があることが注意されねばならない。ケイムズは、コモン・ローの具体的考察からコモン・ローの「衡平法的改革」<sup>(102)</sup>原理としてのエクイティの原理を歴史的に演繹しようとしたのに対し、スミスは、同感原理に基づく法の原理の構築（TMS）の上に、具体的に規定された法の一般理論の展開（二）に

進んでいたからである。ケイムズの方法、さらには彼の『試論集』↓『法史考』↓『衡平法原理』の関係が、スミスの『道徳感情論』↓『法学講義』の主題と微妙に関連しながら、スミスとは異なる所以はここにあるが、こうしたケイムズの限界は、『衡平法原理』の決疑論的性格にも示されているといえよう。

ケイムズによれば、「衡平法裁判所の観念の理想は、疑いもなく、すべての個別のケースを、すべての事情〔環境〕を考慮に入れながら、何が正しく、平等で、ためになるかに従って決定する」点にあるが、こうしたエクイティの理想を衡平法として一般規則化することは、完全には原<sup>(105)</sup>理的に不可能である。ケイムズ自身も、一般規則化が可能な所有権法以外の「金銭にかかわらない権利として確立されたものと、犯された不法行為の事例をすべて収集するのは、際限のない労働であり、限界がないだけでなく、役に立たないであろう」ことを認めているが、所有権についても完全なエクイティは不可能である。エクイティは、本来、裁判官がすべての個別のケースにそのあらゆる事情（環境）を考慮しながら、自らの良心に従って裁判するさいの法の理念ないし根本精神に他ならず、それをコモン・ローと区別された衡平法として一般規則化することには基本的に難点があったのである。『衡平法原理』が第二版と第三版でそれぞれ可成り大幅に改訂・増補された最大の理由もそこにあったが、こうしたエクイティ論の原理的難点を認識していたのがマンسفールド(Mansfield)である。マンسفールドは、「イングラランドのモデルに従って独立の衡平法裁判所を設置」すべきだとのケイムズの提案に反対して、コモン・ローの訴訟はもともと「係争者の言い分に基づく訴訟(Action upon the Case)で、その基礎は、<sup>(106)</sup>請願者が彼の特殊なケースの諸事情に基づく救済を正義とエクイティの名において求めるのが当然である点にあり」、「はじめは衡平法上の規則であるものも、実践によって力を集め、コモン・ローと考えられるようになる」と、衡平法としての性格を失<sup>(107)</sup>う」ので、ケイムズのようにコモン・ローと衡平法を二本建にする必要はないとしていたのである。

マンスフィールドは、それよりもむしろ「衡平法の原理を科学体系にまとめ、その原理をあらゆる時代と国の事例によって説明するのが、全世界に対する法学（Jurisprudence）の課業である<sup>(138)</sup>」と考えていたのであるが、こうしたマンスフィールド的な考え方に従って、同感原理に基づく正義（エクイティ）の根本原理を明らかにした上で（TMS）、その具体的内容をケース―環境分析に即して特定化することによって、「法の一般理論」を構築しようとしたのがスミスの『法学講義』である。スミスは、同感原理に基づく法の一般規則のケース―環境分析による特定化を遂行することによってエクイティの原理の「法の科学化」を実現すると共に、法学の主題を交換的正義の諸規則にのみ限定することによって、ケイムズの衡平法論の決疑論的性格を揚棄しようとしたのである。これらの事實は、スミスの法学がケイムズの展開したスコットランド法改革の主題を継承しながら、その衡平法論のもつ基本的難点の克服をそのかくされた主題の一つにしていたことを示すものといえるであろう。

#### 四 ケイムズ法学の常識哲学的構造とその帰結

##### (1) 客観主義的道德感覚論の難点

(一) ケイムズの『法史考』と『衡平法原理』は、このようにスミスへの道を準備するものであった。しかし、ケイムズにはスミスのような経済学はなく、七四年の『人間史素描』その他にはそれなりの経済分析や財政論が展開されているとはいえず、<sup>(139)</sup>『法史考』や『衡平法原理』にはスミスのような法学から経済学への内的移行の論理はみられない。ケイムズとスミスとの決定的な差異がそこにあることは明らかであるが、その一つの原因としては、彼が効用を正義（自然法）に優先させていたことが考えられる。効用Ⅱ治政が正義Ⅱ自然法の原理に優先し、正義Ⅱ自然法より効用が商業関係の規制原理であるとすれば、正義Ⅱ自然法の原理を知るための事物の客観的自然法則の探求は、必ずしも不

可欠ではなくなるからである。しかし、上述のようなケイムズにおける経済学の生誕の論理の欠如の最大の原因は、ケイムズ法学の基底をなす彼の道德感覚理論の客観主義的性格にあることが大きく注意される要がある。

既述のように、ケイムズは、「自然の構造」そのものの中に感覚の客観性の根拠を求め、ハチスン「道德感覚」理論を「共通感覚」論化することによって、道德<sup>△</sup>感覚の客観性を主張していたが、このようなケイムズの認識論に従うとき、大衆の偏見がそのまま是認される危険があることはすでにみた通りである。にもかかわらず、ケイムズは、こうした道德感覚の主観性・相対性の問題をきびしく問いつめることなく、逆に、われわれの「共通感覚と共通感情」としての道德感覚を**実体化**することによって、その客観性を論証しようとしていたのであった。たとえば、彼は、『試論集』の中で「道德感覚は、人間の本性（自然）に根ざすものであるが、修養と教育によって大きく洗練されうる」ものであるとし、「最高度に洗練された国民が野蛮人とちがうのは、趣味<sup>△</sup>の洗練だけである<sup>(10)</sup>」としている。彼は、未開人も、文明環境の下で教育されれば、文明人と「正邪の規則に関する意見の大いなる同一性<sup>(11)</sup>」をもちうると考えていたのである。このような思想が道德感覚＝実体主義に立脚していることは明らかである。

彼が、「法も、規則的な規律の下にある社会状態においては、人間の能力と共に漸次的に成熟する<sup>(12)</sup>」ものであり、以前には「きびしさが必要であった」刑罰の「規則も、われわれのマナーが改善されるにつれて、漸次緩和された<sup>(13)</sup>」とする一方、「社会が進歩し、習俗が進むにつれて、洞察力が成熟し感情の繊細さが発達するため、良心を拘束するようになった多くの義務が発生した<sup>(14)</sup>」としていたことも、同じような考え方に基づくものに他ならない。ケイムズは、国や時代による道德觀念のちがいを認めながらも、「これらの事実……何ら道德に関する共通感覚の実在性を否定するものではなく、それらの事実はたんに道德感覚があらゆる時代とあらゆる国々で同じように完全ではなかったことを示すにすぎない<sup>(15)</sup>」と考えていたのである。だが、すべての人間が、趣味<sup>△</sup>を洗練<sup>△</sup>しさえすれば、正邪の諸規則に関

し同じ意見を持ちうるとすれば、各人の道徳感覚がそれ自体で自己客観化されることになり、各人の道徳判断の客観性を保障するための特別の概念装置は必要ないことになるであろう。ケイムズは、道徳感覚の普遍性を論証することによって、その客観性を証明しようとしたのであるが、スミスの同感理論がこのようなケイムズの道徳感覚理論と似て非なることは明らかである。

(二) 周知のように、スミスは、道徳感覚の主観性・相対性を意識し、同感の自己偏愛性<sup>バイシャリタイ</sup>を認めていたため、道徳判断の原理を観察者の同感に求め、両当事者の状況を考察した観察者が同感するところに道徳判断の「状況に即した適宜性 (Situational Propriety)」を見出すことによって、感覚(感情)原理に立脚する道徳判断の客観性の保障を観察者の同感に求めたのであった。このような『道徳感情論』の論理が、ハチスン・ヒューム・スミスの道徳感覚理論の共通の特色をなしていた道徳感覚の主観性認識に基づくことは明らかである。スミスは、ハチスンのいう道徳感覚の認識機能に注目する反面、その主観性・相対性を意識していたため、そうした主観的な道徳感覚ないし同感感情に基づく道徳判断を客観化するため、「観察者の同感」の「状況に即した適宜性」の理論を展開したのであるが、ケイムズではなぜか「観察者」視点が影をひそめている。この点は、ハチスン・ヒューム・スミスの道徳感覚(↓同感)理論とケイムズの道徳感覚<sup>モラルセンス</sup>⇨共通感覚理論との相違点として大きく注目されるべき点であるが、その原因は、ケイムズの場合には、共通感覚としての道徳感覚の実体的客観性の論証に主眼がおかれていたため、スミスがしたような「観察者の同感」それ自体の主観性を揚棄するためのケースー環境分析はもとより、観察者視点自体がとくに必要となかったためであるといえるであろう。ケイムズにおいては、道徳感覚理論から社会理論が出てくる必然性がなく、客観分析が行われる場合にも、道徳感覚分析と客観環境分析とが有機的に結合したものとならず、道徳感覚理論と客観分析とが遊離したままにとどまっていた根拠はそこにある。



こうした客観主義的道德感覚理論の性格に対応するのが、ケイムズにおけるケース—環境分析の実態である。ケイムズは、既述のように『衡平法原理』で徹底した決疑論的ケース—環境分析を行っていたが、『法史考』でもケース用語を頻用し、「問題をちがった環境において考察するため、ケースを逆にして」というような環境分析的手法を展開している。しかし、その実態は、個々の訴訟に伴う個別のケースの決疑論的事情（環境）分析でしかなく、スミスのそれのように道德感覚分析に媒介されたものではない。

ケイムズももとより、環境による道德感覚の差異を認め、未開社会における子売り、子棄ての例にみられるような道德觀念の相対性を承認しているだけでなく、<sup>(118)</sup>『法史考』にみられるように、そうした歴史的事情の差異を明らかにするための環境分析をも行っている。ケイムズが、既述のように、未開—文明の対比的考察を行い、不十分ながら四段階分析を展開したのも、そのためであった。しかし、ケイムズの歴史分析は、スミスのそれのようにステージによる「道德感情」の差異の原因を同感原理に基づく法のケース—環境分析を通して明らかにしようとしたものではなく、それぞれの社会や時代における「道德感覚」の差異の原因を趣味や「觀念」の洗練度の差異に求めるだけにすぎないものであった。たとえば、彼は、スミスと同様、未開社会では近代社会とちがって、所有権が所<sup>ポセッション</sup>持と不可分であったことを認めながら、その根拠を未開社会における抽象思考の欠如に求めている。<sup>(119)</sup>同様に、未開人と文明人の徳性（仁愛感情や公共善に関する感覚等<sup>ディセント</sup>）の差異も、「複合・一般觀念」の有無で説明されている。<sup>(120)</sup>

このようなケイムズの思想は、ケイムズがいまだ多分に觀念的で、道德觀念の差異の原因を環境そのものの道德感覚・社会科学的分析を通して明らかにする視点に欠けていたことを示しているが、その根本原因が彼の客観主義的道德感覚論にあったことは明らかである。スミスは、道德感覚の認識機能に着目する反面、その主観性・相対性をつよく意識していたため、ホーコンセンも認めるように、公平な観察者の同感に基づく法の客観性を検証するため「精密



な社会・歴史理論を作り出さねばならなかった」のに対し、ケイムズは、リードやD・ステュアートと同様、「楽観的客観主義」をとっていたため、「主体の道德的力能」<sup>(12)</sup>の論証（存在証明）に力をそそぎ、「道德感覚」客観化のための環境分析は途中で放棄してしまったのである。

ケイムズがスミスに先立って詳細な法の自然史を展開し、スミスと同じ歴史的批判を行いながら、それがスミスのように経済学の生誕に結びつくことなく、たんなる封建的慣行批判ないし趣味と行儀（*caste & manners*）の洗練論にとどまった最大の理由はそこにある。ケイムズは、道德感覚の主観性克服の道を道德感覚の実体的客観性論証（「主体の道德的力能」の存在証明）に求めたため、道德感覚に基づく法のケース—環境分析や歴史的対比分析をそれなりに行いながらも、それを道德感覚に基づく自然法の特定化のための環境の科学的客観分析にまで深めることができず、問題を観念、行儀、趣味のレベルで処理する他なかったのである。法の歴史的批判を意図したケイムズの法学が、スミスのような同感原理に基づく法の科学的自然法則分析に進むことなく、所詮は万人共通の「正邪の共通感覚」としての常識による法批判でしかないと断定せざるをえない理由はここにある。ケイムズは、ハチスンやスミスと同様、正義Ⅱ自然法の認識原理を道德感覚に求めながらも、ヒュームやスミスのようにその認識機能に着目せず、逆に、道德感覚をより実体概念化する方向に進んだため、個々人の良心、人間愛、常識を基準にして法現象を歴史的に批判するだけに満足し、そのような個々人の良心、人間愛、常識に基づくエクイティの原理が必ずしも科学的客観性をもちえぬ「大衆の偏見」にとどまることを知らなかったのである。スミスの『道德感情論』と『法学講義』がこうしたケイムズ法学の常識哲学的帰結に対する批判をかくされた主題の一つにするものであったことは今や明白である。スミスは、ケイムズ法学の基礎をなすその共通感覚認識論の常識哲学的帰結に批判の目を向け、道德感覚の共通感覚Ⅱ常識化Ⅱ大衆の偏見に対し、道德感覚（同感Ⅱ法の科学的認識の道の探求を『感情論』第五部の慣行批判と、それを基

軸とする『法学講義』の主題としたのである。

共通感覚原理に立脚するケイムズ法学は、スミスのそれと似て非なる構造をもっていたのであるが、ケイムズが『法史考』や『衡平法原理』で所有権その他の権利の成立を商業社会の発展と関連させて考察しながら、そこからスミスのように経済学的考察に進むことなく、逆に、法学と経済学（道德感覚に基づく正義<sup>(123)</sup>）と自然法と効用<sup>(124)</sup>と商業と経済の原理）とが分裂したままにすぎたのも、こうしたケイムズの道德感覚理論の共通感覚論的性格と関連があったといえよう。スミスの社会科学体系には一貫して人間が生きているのに、ケイムズの場合には人間が不在な理由もそこにある。スミスの社会理論は道德感覚の客観性論証の手段であったため、そこには常に社会認識の主体としての人間が生きているのに対し、ケイムズの世界では、道德感覚が社会分析のベースにならず、道德感覚原理に立脚する正義と自然法の世界と、効用原理に立脚する経済世界とが分裂したままにとどまっていたからである。リードやD・ステュアートにおける道德哲学と自然法学と経済学との分裂、ないし、道德哲学から経済学への外的移行は、こうした常識哲学の論理の論理的帰結であったと考えられるが、ケイムズは、上述のような正義論と自然法学と効用原理と経済学との分裂、ないし、商業社会における効用原理の優越の現実の中で、正義の担い手としての「趣味と行儀」の腐敗をなげくこととなったのであった。彼が『道德感情論』や『法学講義』の原理となった欺瞞論や法批判の論理を展開しながら、それを社会科学にまで深めることができずに、逆に、後年の『人間史素描』の奢侈論その他にみられるようなすぐれてシヴィク的な奢侈と腐敗論を展開し、商業の道德性を否定した理由はそこにある。ケイムズは、商業社会における便宜と効用の原理と正義・道德・自然法の原理との分裂・対立を揚棄し、正義・自然法と効用の二つの原理を統合する論理を見出しえなかったため、『人間史素描』では、衡平法裁判所が「商業と富」にのみ奉仕するとき、必然的に「奢侈と腐敗」を結果せざるをえないと考えたのである。こうしたケイムズの世界に集約される当時のスコ

ットランド思想家の共通のパラドックスを揚棄し、商業人の徳Ⅱ（交換的）正義の原理を同感原理によって基礎付けると共に、商業社会の論理そのものを自然の原理から導いたのがスミスであることはいうまでもない。

(2) ハチスン・ケイムズ・スミス関係の動態

(一) D・フォーブズは、『ケイムズの『道徳・自然宗教試論集』は、少なくとも論理的にはヒュームとスミスの間の一種の中継点であり、『道徳感情論』を先取りする点が多い<sup>(124)</sup>』としているが、『法史考』や『衡平法原理』も、上述のごとくスミスの思想形成と密接な関係があり、スミスの『道徳感情論』と『法学講義』の議論に素材を提供し、その論理構成の下敷になっている。スミス思想の文脈分析、とりわけ、スミスが当面していた時代の共通課題やスミス用語の概念内容理解にケイムズに関する知識が不可欠な所以はそこにある<sup>(125)</sup>。スミスは、ケイムズから、ハチスン・ヒュームの正義論批判や欺瞞論の主題と方向だけでなく、より実践的な法学批判の課題や方法等をも鼓吹されていたのであり、スミスがケイムズの主題を自らのライトモチーフとして、ケイムズが展開した主題をより深化しようとしていたことは確かである。スミスの思想主題と方法に大きな影響を与え、その方向を規定していたのは、その限りでは他の誰よりもケイムズであったということさえ許されよう。

(二) しかし、こうした課題と方法の親近性にもかかわらず、それとは裏腹に、両者の間には既述のような微妙な重大な差異が存在したことも、否定しえない事実であった。その根本原因は、ケイムズが法・正義の根本原理としての道徳感覚の主観性揚棄の道を道徳感覚<sup>モラルセンス</sup>の共通感覚化<sup>コモンセンス</sup>に求めたのに対し、スミスが『道徳感情論』から『国富論』に至る過程で新しい社会認識の論理を構築した点にあるが、スミスにこの論理を鼓吹したのは、ハチスン、ヒュームの道徳感覚理論であった。『試論集』と『感情論』、『法史考』と『講義』の親近性にもかかわらず、ケイムズとスミス関係にはなく、ハチスンとヒュームとスミスの線に『感情論』から『国富論』に至るスミスの思想形成の基軸が求めら

れねばならぬ第一の理由はそこにある。

スミスの論理はハチスン、ヒュームの継承であり、『感情論』の方法は最も本質的な点では『試論集』の認識論とは対立関係にあったのであるが、ケイムズとハチスン・ヒューム・スミスとは方法だけでなく、厳密には主題もちがうことが注意されねばならない。ケイムズ法学の主題は、一言でいえば、スコットランドの法令改革に自然法学の原理を適用することによって、合邦以来のスコットランド社会の当面していた共通の思想主題であった「政治制度と経済発展との潜在的矛盾関係」<sup>(126)</sup>を解決する点にあったが、その実態は、スコットランド法の制度的改革ないし法慣行批判という、限定された制度改革論の枠をこえるものではなかったのであった。ケイムズが政府論をそれとして考察したのは、七四年の『人間史素描』においてであり、『法史考』と『衡平法原理』の主題は、所詮はたんなる法廷の訴訟手続論ないしコモン・ローの衡平法的改革論でしかなかったことが、その何よりの証左である。スミスの『法学講義』はこれに対して、ハチスンの『道德哲学体系』の批判的注解を基軸とするものとして、ハチスンが依拠していたプーフENDORFとロックに代表される近代自然法学の道德感覚（同感）論的再構成による法の一般理論の構築を主題としたものであった。『法学講義』Aノートが、法制史的歴史叙述を主とした『法史考』やコモン・ローの欠陥是正を目的とした『衡平法原理』とちがって、「法と統治の一般原理論」(I, B, 3)の展開を意図したものとして、所有権論からはじまる私法↓家族法↓公法論の主題をハチスンの『道德哲学体系』の編別構成に従ってそれなりに体系的に考察しようとしていたことも、こうした両者の主題と対象のちがいを示すものといえるであろう。ケイムズの『法史考』と『衡平法原理』は、実質的には既述のように『法学講義』のライトモチーフを構成していたのではないかと考えられるほど、『講義』の主題と外見よりはるかに大きな実質的関連をもちながらも、所詮はスミスの『講義』とは本質的に異なるスコッツ法改革をめぐる議論の枠をこえるものではなく、『講義』の主題と枠組を基本的に規定し

ていたのは、ケイムズではなく、あくまでもハチスンであったのである。

スミスの自然法学の意義と特色は、こうした法的一般理論が、ハチスンの場合にみられたような著者の実践ないしイデオロギーと遊離したたんなる抽象理論としてではなく、ケイムズと同じ商業化の進行に伴うスコットランドの法改革の主題、そこにおける「富と徳性」の対立問題を踏まえながら、そうした当時のスコットランド社会の当面していた特殊具体的な実践課題に対する理論的解答として展開されている点にある。ケイムズは、その点、スコットランド法改革の根本原理としてのエクイティの原理を道徳感覚原理に基づく正義<sup>(127)</sup>自然法に求め、その原理に基づくコモン・ロー改革を志向しながらも、問題をいまだスミスのように自然法の原理そのものの理論的再構築（同感原理に基づく特定自然法の展開）<sup>(127)</sup>による歴史的現状批判の論理にまで高めることができなかったため、所詮はスコッツ法の歴史的批判、ないしコモン・ローの衡平法的改革という特殊性の原理にとどまらざるをえなかったのであった。スミスは、これに対し、こうしたスコットランドの法改革問題をスコットランド社会の当面する共通の思想主題として受けとめながら、同感的方法による自然法学の再構築を試みることによって、フレッチャー以来のスコットランドの思想家の共通の実践課題であった「祖国の経済的・政治的發展」<sup>(128)</sup>の問題に理論的に答えようとしたのである。スミスの『法学講義』や『国富論』がすぐれて理論的<sup>(128)</sup>実践的性格をもっていたことの一つの背景はここにあるといえよう。スミスは、ケイムズから自らの思想の実践的課題を学びながらも、ケイムズ法学の常識哲学的限界を揚棄する契機をハチスン・ヒュームの「道徳感覚」理論の批判的再構成に求めることを通して、自らの思想を形成していったのである。経済学の生誕に集約されるスミス思想の形成過程におけるケイムズ理論の決定的重要性にもかかわらず、ケイムズではなくハチスンが、『道徳感情論』から『法学講義』をへて『国富論』に至るスミスの思想形成の根幹をなすものとして、スミス研究の出発点におかれねばならぬ所以はそこにある。



- (1) ケイムズの著作と、主要著作の各版の差異については、拙稿「ケイムズ研究事始」一橋大学社会科学古典資料センター年報、第七号、一九八七年、一六〇〜一七〇頁参照。
- (2) Cf. Lehmann, W.C.: *Henry Home, Lord Kames, and the Scottish Enlightenment*, the Hague, 1971. Ross, I.S.: *Lord Kames and the Scotland of his Day*, Oxford, 1972.
- (3) Norton, D.F.: *David Hume, Common-Sense Moralist, Secular Metaphysician*, Princeton, 1982, p.175.
- (4) 常識哲学は、ド・ステュアートの場合に最も典型的に示されているように、①シャフスベリ、ハチスン、ヒューム、スミスの道徳感覚理論の主観主義と、②ベンツェルの相対主義と、③クラーク、カドワース、ウォラズトンらの合理主義を批判の対象にしていたといわれるが(Cf. Haakonsen, K.: *From Moral Philosophy to Political Economy, The contribution of Dugald Stewart, in Philosophers of the Scottish Enlightenment*, ed. by V. Hope, Edinburgh, 1984, p.213) ①②③はすべてハチスンが批判対象にしていた点であるので、ケイムズが主たる批判対象としたのは、④のハチスン、ヒューム、スミスの道徳感覚理論の主観主義であつたと考えられる。
- (5) Kames: *Essays on the Principles of Morality and Natural Religion*, Edinburgh, 1751, Garland Rep, p.63, Cf. p.76.
- (6) Norton, *op. cit.*, p.176.
- (7) マーネットの『序言』 Cf. McCosh, J.: *The Scottish Philosophy, Biographical, Expository, Critical, from Hutcheson to Hamilton*, London, 1875, pp.95-106. Norton: *The Providential Naturalism of Turnbull and Kames*, in Norton, *op. cit.*, Ch.4.
- (8) Cf. Kames, *op. cit.*, pp.143-144.
- (9) Lieberman, D.: The legal needs of a commercial society: the jurisprudence of Lord Kames, in *Wealth & Virtue, The Shaping of Political Economy in the Scottish Enlightenment*, ed. by I. Hunt & M. Ignatieff, Cambridge, 1983, pp.210-11.
- (10) Kames, *op. cit.*, p.61.
- (11) *Ibid.*, p.66.
- (12) *Ibid.*, pp.69, 72.
- (13) Cf. A. Smith: *The Theory of Moral Sentiments*, ed. by D.D. Raphael & A.L. Macfie, Oxford, 1976, p.80 note.
- (14) Forbes, D.: Hume and the Scottish Enlightenment, in *Philosophers of the Enlightenment*, ed. by S. C. Brown, Sussex, 1979, p.97.
- (15) Kames, *op. cit.*, p.104.
- (16) *Ibid.*, p.105.
- (17) *Ibid.*, p.112.

- (18) *Ibid.*, pp.112~113.
- (19) Forbes, D.: Natural Law and the Scottish Enlightenment, in *The Origins & Nature of the Scottish Enlightenment*, Essays ed. by R.H. Campbell & A.S. Skinner. Edinburgh, 1982, p.200.
- (20) Kames, *op. cit.*, p.240.
- (21) *Ibid.*, p.238.
- (22) *Ibid.*, p.227.
- (23) 篠原久「アダム・スミスと常識哲学」一九八六年、第四章参照。
- (24) Kames, *op. cit.*, pp.239~240.
- (25) 拙稿「治政論の出自と分業論の成立」一橋大学研究年報社会学研究、一三三号、八九—九〇ページ、篠原久、前掲書、一二二ページ。天羽康夫、スミス「天文学史」についての一考察、高知大学学術研究報告、第二五巻、社会科学第七号等参照。
- (26) このような視角は只腰親和氏ももっておられるので、この主題の認識論的論証は同氏の展開に期待したい。
- (27) Cf. Kames, *op. cit.*, pp.76 ff., 90.
- (28) *Ibid.*, p.128.
- (29) Cf. *Ibid.*, pp.129~130.
- (30) Kames: *Principles of Equity*, Edinburgh, 1760, p.10.
- (31) Cf. F. Hutcheson: *A Short Introduction to Moral Philosophy*, Glasgow, 1747, p.122. do, *A System of Moral Philosophy*, London, 1755, pp.257~9.
- (32) 『国富論』の中心主題がこの点にあった次第については、Cf. Hont, I. & Ignatieff, M.: Needs and justice in the 'Wealth of Nations', in *Wealth & Virtue*, pp.1~44.
- (33) Cf. Forbes, *op. cit.*, p.199.
- (34) スミスが『国富論』において交換的正義の支配下における配分的正義の自動的実現論証を主題とした一つの内面的理由としては、ヒュームにおける同感論と正義論との分裂の揚棄を主題とした『法学講義』におけるスミス自身の同感論正義論の挫折があったと考えられるが、この点の具体的論証は別稿にゆずる他ない。
- (35) たとえば「もし人が石の落下その他の事故で殺されたら、死の素因となったものは破壊される」(Kames: *Historical Law-Tracts*, Edinburgh, 2nd ed. 1761, p.8)という言葉に象徴されるその前後の『法史考』刑法論の議論を『道徳感情論』のそれと対比してみられたい。

- (36) Cf. Norton, *op. cit.*, ch. 4, esp., p.190.
- (37) Cf. Kames: *Essays on the Principles of Morality & Natural Religion*, pp.151~218, esp., 152~155, 188~190. フォーベズが『スミス』の欺瞞論が「ケイムズの自由と必然論の一部である」(Forbes, *op. cit.*, p.204 note.) ことを認めている。なお、こうしたケイムズの欺瞞論と『道徳感情論』のそれとの関連・継承関係の考察に当たっては、五一年の『試論集』の初版と五八年の第二版の欺瞞論との差異にも注意が肝要で、二版では本文がかなり改稿されている他、一五ページに及ぶ「追加」が付加されている。この改訂・増補がケイムズ・スミスの交遊関係と思想展開の中でのどのような意味をもつか、興味深い主題であるが、この点の解明は他日に期する他はない。

- (38) Kames, *op. cit.*, p.91.
- (39) *Ibid.*, p.125. TMS の隠者が「悔悵」論がケイムズの影響であることを認めている。 Cf. TMS, p.85 note.
- (40) ケイムズの法学関係の著作については、*Essays upon Several Subjects in Law*, 1732, *Principles of the Law of Scotland*, 1754, *Historical Law-Tracts*, 1758, *Principles of Equity*, 1760, *Elucidations respecting the Common & Statute Law of Scotland*, 1773など。 *Essays upon Several Subjects concerning British Antiquities*, 1747などもあつた。その他資料集『*Remarkable Decisions of the Court of Session*, 1716~28, 1728, *Decisions of the Court of Session from its First Institution to the Present Time*, 1741, *The Statute Laws of Scotland*, 1757, *Remarkable Decisions of the Court of Sessions*: 1730~52, 1766, *Select Decisions of the Court of Session*: 1752~68, 1780など。
- (41) Cf. Lieberman, *op. cit.*, p.203.
- (42) Cf. Kames: *Historical Law-Tracts*, pp.xii, xiv.
- (43) Cf. Lehmann, *op. cit.*, pp.197~98. ロスは、もとより立入って、五四年一〇月一七日付のハードウィック (Hardwicke) のケイムズ宛手紙を根拠に、合邦に伴う両国の法統一の必要が、刑法論から『法考史』をはじめ、限嗣封土権問題を主要主題とした理由であつた次第を明らかにしている。 Cf. Ross, *op. cit.*, pp.206~7.
- (44) Kames, *op. cit.*, p. v. (第1頁引用者)
- (45) *Ibid.*, p. ix.
- (46) Cf. Stewart, D.: *Biographical Memoir of Adam Smith*, in Adam Smith: *Essays on Philosophical Subjects*, ed. by Wightman, Bryce & Ross, Oxford, 1980, pp.294~295. 福鎌忠恕訳『アダム・スミスの生涯と著作』三八一四ページ参照。
- (47) Dalrymple, John: *An Essay towards a General History of Feudal Property*, 2nd ed., London, 1758, p.vii. など。この書物については、田中秀夫『サー・ジョン・ダルリンプルの封建社会論と限嗣封土権論争』、彦根論叢『第二三四・二三五号に詳しい紹介と論及がある。
- (48) Cf. Ross, *op. cit.*, pp.204~5.

- (49) Cf. Dalrymple, *op. cit.*, pp.iii~iv.
- (50) Cf. Dalrymple, John: *Considerations upon the Policy of Entails in Great Britain, Occasioned by a Scheme to apply for a Statute to let the Entails of Scotland die out, on the demise of the Possessors & Heirs now existing*, Edinburgh, 1764, pp.5~118. 田中泰夫「一八世紀スコットランドの限嗣封土権問題とケイムズ卿(下)」『中南経済学論集』一二七巻三三号「一九八六年」九三ページ以下参照。
- (51) Kames: *Essays upon Several Subjects concerning British Antiquities*, 2nd ed., London, 1749, pp.154~155.
- (52) Cf. Kames: *Historical Law-Tracts*, pp.55, 98, 160, 286, 287, 293~4, 295~6, 391 etc.
- (53) ケイムズ『英史考』p.24 originally 用語が「at first 用語が」二〇ページ以下にわたって使われている。
- (54) Kames, *op. cit.*, pp.160~161.
- (55) Cf. *Ibid.*, pp. 13, 57, 61 note, 195, 207~8, 283~4.
- (56) Cf. *Ibid.*, pp.50~51, 59~60, 81~96, 195, 207~8. 四段階論は「ケイムズの廻りに集った思想家が展開したものである。スティーブン・P.『英史考』』と先立っている。その原型的な四段階論を展開しているが(Cf. John Dalrymple: *An Essay towards a general History of Feudal Property*, pp.76~78.)「所有関係の四段階的發展に関する一般觀念の最初の英文論説」を展開したのが、スチーブン(James Dalrymple, Lord Stair: *The Institutions of the Law of Scotland*, 1681)である。Cf. McCormick, N.: *Law and Enlightenment, in The Origins & Nature of the Scottish Enlightenment*, p.160.
- (57) Cf. John Dalrymple, *op. cit.*, pp.76~78.
- (58) Cf. Lehmann, *op. cit.*, pp.184~5, Ross, *op. cit.*, p.209.
- (59) Cf. Kames, *op. cit.*, pp.81~96.
- (60) Lehmann, *op. cit.*, p.210.
- (61) Kames: *Select Decisions of the Court of Session, from the Year 1752 to the Year 1768*, 2nd ed. Edinburgh, 1799, p.iii, cited in Lieberman, *op. cit.*, p.209.
- (62) Cf. Lieberman, *op. cit.*, pp.209~210.
- (63) Tytler, A.F.: *Memoirs of the Life and Writings of the Honourable Henry Home of Kames*, Edinburgh, 1807, vol. I, p.156.
- (64) ケイムズ『英史考』D.ノーマーの指摘するところ。その伝統自然法である。ケイムズは拒絶した。Cf. Forbes, *op. cit.*, pp.200~201.
- (65) Kames: *Historical Law-Tracts*, p.13.

- (66) *Ibid.*, p. 99.
- (67) Cf. *Ibid.*, p. 116.
- (68) *Ibid.*, p. 129.
- (69) Cf. Lieberman, *op. cit.*, pp. 215~217.
- (70) Kames, *op. cit.*, p. 129.
- (71) *Ibid.*, p. 143.
- (72) *Ibid.*, p. 186.
- (73) Ross, *op. cit.*, p. 206, Cf. p. 210.
- (74) Cf. Kames, *op. cit.*, p. 150 f.
- (75) 拙稿『法学講義』治政論の主題と構造、一橋大学社会学研究二四、一九八六年、一一五ページ参照。
- (76) Cf. Kames, *op. cit.*, pp. 190~194.
- (77) 『衡平法原理』は、一―二―三版で拙稿『ケイムズ研究事始』一九ページで紹介したような大きな差異があるが、本稿はスミスとの関係を主題としているので、初版を基準に引用し、必要に応じ二版を使用した箇所はその旨表示する。
- (78) Kames: *Principles of Equity*, p. iii.
- (79) Cf. Lehmann, *op. cit.*, pp. 199~200.
- (80) Kames, *op. cit.*, p. 1.
- (81) *Ibid.*, p. 45.
- (82) 周知のように、アリストテレスは、『ニコマコス倫理学』(高田三郎訳)第五巻で正義を「遵法」を旨とするものと「均等」を原理とするものに大別し、後者の「狭義の正義」をさらに「配分的正義」と「整調的正義 (*diorioikon dikaiton*)」とに分けている。この最後の調整(匡正)的正義は、取引における利害の得失に過不足のないように調整し、被害を救済することを意図したもので「交換的正義 (*justitia commutativa*)」とも訳される。(加藤新平、法哲学概論、四四一―六ページ参照)。ケイムズが、こうしたアリストテレスの正義概念に従って、正義の主要な課題を配分的正義と矯正的正義の実現に求め、交換における「実質的正義」の実現(実質価値の均等)をエクイティの名において要求していることは明らかである。これに対し、スミスも、上述のアリストテレスの分類に従って、正義を交換的正義と配分的正義とに大別している(Cf. TMS, VII.ii.1.10)。<sup>1</sup> スミスのいう交換的正義は、他人の権利の不侵害ないし契約遵守で、アリストテレスやケイムズのような交換における実質価値の均等を意図したものではない。スミスは、「交換的正義」を「売買における信約の遂行」(Hobbes: *Leviathan*, Rep. of 1651 ed.



p.115)と規定したホッブズに従って、正義を契約遵守ないし不侵害に限定し、実質価値の均等としての匡正的・調整的正義の実現は、正義論の主題から排除していたのである。スミスの正義論は、ホッブズの意味での交換的正義論を主体とするものであったのであるが、このスミスの正義論が、正義の主題をアリストテレス的な「均等」実現に求めていたハチスン・ケイムズ的正義論の批判にあったことは明らかである。スミスは、ホッブズに従って正義論の直接の主題を不侵害⇨交換的正義に限定することによって、「均等」ないしエキテイ実現のための仁愛、ないし、法の介入を当然視していたハチスンやケイムズの正義観を批判すると共に、ケイムズにおける正義⇨エキテイと効用(utility)との矛盾を揚棄しようとしたのである。

- (83) Kames, *op. cit.*, p.49.
- (84) Lehmann, *op. cit.*, p.212.
- (85) Kames: *Historical Law-Tracts*, p.260.
- (86) Cf. *Ibid.*, pp.259~260, 374. ケイムズは、「公共的治政の部門で正義の配分ほど重要性の大きい部門はない」(*Ibid.*, p.194)として、治政が配分的正義を主題とすることを暗示しているが、彼はそれを立法院の機能に限定し、裁判所は「権利を有効化し、悪を矯正する」という矯正的機能をもつだけで十分であると考えたのである。Cf. Ross, *op. cit.*, p.236.
- (87) 衡平法論の先駆としては、ステフ・ローマ法・ミンクソン (Andrew McDonald, Lord Bankton, 1685~1760) ならびに、イングランドの先駆的諸業績がある。その中でヘンロー (Henry Ballow, 1707~82) の『衡平法論』(*A Treatise of Equity*, 1737) は、ケイムズのそれに直接先立つものとして注目される。Cf. Ross, *op. cit.*, pp.228~230.
- (88) Kames: *Principles of Equity*, pp.1, 173.
- (89) *Ibid.*, p.187.
- (90) Cf. *Ibid.*, e.g. p.187.
- (91) Kames: *Historical Law-Tracts*, pp.299, 358, 368, 382.
- (92) Kames: *Principles of Equity*, p.173.
- (93) Lieberman, *op. cit.*, p.233.
- (94) Kames, *op. cit.*, p. xii.
- (95) Lieberman, *op. cit.*, p.233.
- (96) Cf. Kames: *Principles of Equity*, 2nd ed. Edinburgh, 1767, pp.1~37.
- (97) Kames: *Principles of Equity*, 1st. ed. 1760, p. xii.

- (98) *Ibid.*, p. x.
- (99) Cf. *Ibid.*, p. xi.
- (100) Lieberman, op. cit., p. 228.
- (101) Ross, *op. cit.*, p. 231.
- (102) Lieberman, op. cit., p. 229.
- (103) Kames, *op. cit.*, p. x. (傍点引用者)
- (104) *Ibid.*, p. 164.
- (105) 拙稿『ケイムズ研究事始』一九ページ参照。
- (106) Ross, *op. cit.*, p. 242.
- (107) Kames, *op. cit.*, p. xiii.
- (108) Ross, *op. cit.*, p. 242.
- (109) ケイムズの経済思想については、田中秀夫『エコノミストとしてのケイムズ卿』甲南経済学論集、二七巻四号、一九八七年参照。
- (110) Kames: *Essays on the Principles of Morality & Natural Religion*, pp. 143, 144.
- (111) Kames: *Equity*, 2nd ed., p. 8.
- (112) Kames: *Equity*, 1st ed., p. iv.
- (113) Kames: *Historical Law-Tracts*, p. 47 note.
- (114) Kames: *Equity*, 1st ed., p. iv.
- (115) Kames: *Equity*, 2nd ed., p. 8.
- (116) 「観察者」論は、「道徳感覚」の認識機能とその主観性を意識していたハチスン・ヒューム・スミスの道徳感覚論の共通の特色であり、スミスの道徳哲学は「ハチスン・ヒュームの観察者理論の小変形というより、むしろそれを大きく改善したものである」(Hope, V.: *Smith's Deism-god*, in *Philosophers of the Scottish Enlightenment*, ed. by V. Hope, Edinburgh, 1984, p. 157.) に注意された。
- (117) Kames: *Historical Law-Tracts*, p. 250.
- (118) Cf. Kames: *Equity*, 2nd ed., p. 8.
- (119) Cf. Kames: *Historical Law-Tracts*, p. 82.
- (120) Cf. Kames: *Essays*, p. 142.

- (121) Cf. Haakonssen, K.: From Moral Philosophy to Political Economy: The contribution of Dugald Stewart, in *Philosophers of the Scottish Enlightenment*, ed. by V. Hope, p.218. ホーコンセンは「スミスが、主観主義に有利になるように徹底的にカードをそろえるために社会的道徳の実態を、究極的には公平な観察者の理想道徳をうまく処理しうる精緻な社会・歴史理論を産出しなければならなかったのに対し、ステュアートの道徳観の楽観的客観主義は、説明の負担をすべて主体の道徳能力に課するように彼を導いた」(*Ibid.*, p.218)と述べているが、この見解は本稿の見解を基本的に傍証するものと考えられる。同感の主観性認識がスミスにおける歴史的環境分析を必然ならしめ、それが経済学の生誕を導いたというのが、本稿の基本見解であるからである。
- (122) Cf. Kames: *Sketches of the History of Man*, Edinburgh, 1774, Lieberman, op. cit., pp.222, 233.
- (123) Cf. Kames, op. cit., e.g., Vol. I, pp.351~3. Lieberman, op. cit., p.233. ケイムズは、既述のように、道徳感覚に基づく正義⇨自然法と効用をエクリテの二つの原理としながら、商業社会においては便宜⇨効用原理が正義に優先するとして、経済世界における効用原理の事実上の支配・優越を認めていたが、道徳感覚⇨正義⇨自然法論と効用⇨治政⇨経済論とがこのように二分され、しかも、後者が前者に優先するとされるとき、道徳感覚原理を欠いた効用原理の支配する経済世界が「奢侈と腐敗」の世界とならざるをえないと考えられるのは、当然であろう。これに対し、スミスは、同感⇨正義⇨自然法のうちに経済世界にも妥当する事物の論理をみたため、道徳感覚⇨正義⇨自然法の論理と経済の論理とが分裂することなく、前者のうちに後者の経済世界の倫理と論理を見出すことができたのでないか。ケイムズが欺瞞論を展開しながら腐敗を非難したのに対し、ケイムズにおける正義論と治政⇨効用論の分離・分裂を揚棄したスミスは、法と道徳と経済を統一的にとらえることができたため、商業社会の道徳性に基本的な信頼をおくことができたのである。
- (124) Forbes, op. cit., p.204 note.
- (125) スミスにおける natural justice, public police, principles, faculties 等の用語の意味・用法も、ケイムズを問にはさんでみると、その意味・内容がより具体的に知られることであろう。
- (126) Robertson, J.: The Scottish Enlightenment at the limits of the civic tradition, in *Wealth & Virtue*, p.137.
- (127) この点、詳しくは拙稿「アダム・スミス『法学講義』研究序説、横浜市大紀要、新シリーズ第一号、一九八三年、第四章参照。
- (128) Robertson, op. cit., p.151.

(昭和62年6月校了)