

近代スコットランド法思想研究

—— Lord Stair の法思想(1) ——

角 田 猛 之

はじめに(以上本誌第一九卷第二号)

第一章 ステアル・法思想研究への諸前提

第一節 ステアル・法思想研究の現段階

一 D・M・ウォーカーの“Introduction” to Institutions (“tercentenary edition”)

二 “The Tercentenary of Stair’s Institutions”. *Juridical Review*, 1981. (以上本号)

三 *Stair Tercentenary Studies, Stair Society*, vol. 33. 1981. (以下続稿)

第二節 ステアルに関連する諸々の法的状況

第二章 ステアル・法思想の検討

第一章 ステアル・法思想研究への諸前提

本章では、スコットランドの法思想・法的諸状況——法学文献・法実務或いは政治的動きを背景にした諸々の法をめぐる動向——にかかわる邦語の文献・研究がほとんど存在しないという現状を考慮し、前号の「はじめに」に続いて、⁽¹⁾ステアルの法理論・法思想そのものの検討に先立つ予備的な諸考察を行っておく。その際、検討の方法としては、本章を二つに分節し、まず第一節で、ステアル・法思想研究の現状を、彼の *Institutions* 出版三百年記念の企画論文(集)に主として依拠しつつそれらを紹介・検討することを通じて概観し、次いで第二節において、彼の経歴及びその法理論・法思想に直接・間接に影響を与えた諸々の制度・状況を概観していく。

ここで、第一節と第二節の関連について、一言付言しておきたい。両節相俟って、ステアルの法理論・法思想をより深く理解するための予備的な考察であることは、本章の表題が示す通りである。ただし、第一節は、彼の初版出版の三百年記念として出された諸論稿を概観するもので、その第一の目的は、一九八一年の時点における——従ってある意味では最新の——研究動向を探ぐることである。しかし、そのことよってのみでは、かならずしも本章の目的は達成され得ないであろう。というのは、そもそも本章を必要とする状況、すなわち右に言及したように、スコットランドの法に係わる諸状況が、我国の学会においてほとんど知られていないという事情が控えているからである。つまり、ステアルの法理論・法思想に直接・間接に影響を与えた事柄のうちで、これらの諸論稿が、全然又はわずしか言及していないか、或いは周知の事柄として前提しているにもかかわらず、我国ではほとんど紹介されていないという場合が存在するからである。そこで、それらの諸状況は、他の業績を参照しつつ、第二節において新たに或いは、再度詳しく紹介することによって、⁽²⁾第一節を補完するとともに、本章の目的を果していきたいと考えている。

〔注〕

(1) 今後の続稿における「目次」の扱いにまずふれておきたい。本研究は、「はじめに」の附記でも述べたように、長期のシリ

ーズを予定している。従って、「目次」はその都度、その稿の限りで、或いは、その節を限度として掲げるに留め、細目次の形で順次追加していきたい。

(2) そのテーマについては、各項の最後に小括の形でその都度言及していく。ただし、テーマによっては、本節の“*centenary*”の諸論稿によって、カバーし得るものも存在する。

第一節 ステアール・法思想研究の現段階

スコットランドの近代的な法学文献の出発点たる *Institutions* は、一六八一年にその初版が出版された。そして、今なお、彼の理論・アイデアが、“*Scottish Legal Tradition*”といういわば思考法のレベルで、また“*Books of Authority*”という形で、⁽¹⁾ 具体的・実務的な法源の一部として、直接・間接に生き続けていることは、次の指摘からも明らかであろう。「ステアール、エルスキン、ベル等の見解は、相当に熟考した上でなければ、スコットランドの裁判所によって拒否されることは、決してないであろう。『いかなる法的問題に関しても、ステアールの意見が矛盾のないものとみ出し出たならば、私はその意見を、スコットランド法を確定するものとみなす。』と Lord Benholme は、*Drew v. Drew* ((1870) 9 M. 163, at p. 167.) の中で述べている。…… (また) Lord Normand は、一九四一年に、パーミンガム大学の *Holdsworth Club* への手紙で、スコットランドの *Institutional writers* [その代表がステアールであることは、「はじめに」で述べた通りである。角田] に、極めて高い権威を与えた。⁽²⁾」

そして、このような状況を背景に、彼の初版出版三百年目にあたる一九八一年に、相ついでそれを記念する企画行事がもたれている。その第一弾が、一九八一年三月二八日に、グラスゴー大学で開かれた、初版出版三百年記念の大会であろう。そして、その時のレポートの元になる原稿が、“*The Tercentenary of Stair's Institutions*”として、*Juridical Review* の一九八一年号に、特集論文として掲載されている。またそれに続く企画は、エジンバラ・グラ

スゴー両大学の出版部が共同で出版した、ステアル・Institutions の “tercentenary edition” であり、次いで、イングランドの Selden Society に匹敵する、スコットランドの Stair Society が、その第三三号として刊行した Stair Tercentenary Studies と題された Institutions に関する論文集等である。⁽³⁾

本節では、右の諸論稿が、ステアル・法思想及びそのバックグラウンドに関する研究の現段階を示すものと一応前提した上で、他のそれ以前或いはそれ以後の業績をも特に注の形で参照しつつ、これらを次の順序で紹介・検討して行く。I、D・M・ウォーカーの “Introduction” (to “tercentenary edition”) II、 “The Tercentenary of Stair’s Institutions,” Juridical Review, 1981. III、 “Stair Tercentenary Studies,” Stair Society, vol. 33, 1981.

I、D・M・ウォーカーの “Introduction” (to “tercentenary edition”)

右に挙げた企画のうち、最も基本的な成果は、従来の版の、テキスト・クリティックの上で、その結論として、ステアルの第二版(一六九三年)に依拠して編集された、ウォーカーの “tercentenary edition” の出版である。⁽⁴⁾

ここで、右に言及した、従来の版に対するウォーカーのテキスト・クリティックをまずみておこう。(p. p. 43-50)

過去、三百年間に——“tercentenary edition” を除いて、五つの異なる版が出版されている。すなわち、(i) Andrew Anderson の継承者によって、一六八一年にエディンバラで出版された初版。⁽⁵⁾ (ii)、『全体のアルファベット順のインデクスを伴ないつつ、改訂されかなりに拡張された』第二版」(p. 44) が同じく、Andrew Anderson の継承者によって一六九三年に。そして、この二つが、ステアルの生前の版。(一六九五年没) (iii) John Gordon と William Johnstone⁽⁶⁾ による改訂版が、一七五九年にエディンバラより。(iv) George Brodie の手になる注釈と補足を伴った版が、一八二六年、同じくエディンバラより。(v) として最後に、John Schack More の手になる二巻本が、一八三二年に。⁽⁷⁾ (以上、p. p. 43-46)

右の五つの版のうち、ステアル以外の人物の手になる三つの版に対するウォーカーの見解をみておこう。右の三つのうち、(v)の J. S. More 版が、豊富で興味深い注を付されたものとして「その出版以後、これが通常用いられる版である」として (p. 42) 一

この Introduction は、そのポリューム・内容いづれの面からみても、一個の独立した論文といひ得るであろう。そこで右の諸問題のうち、ステアルの経歴 (1.) 及び法理論そのものの検討 (5, 7, 8.) は次節以下——テキストの問題 (11.) は、右で検討した通りである——に参照するとして、ここでは主として、Institutions のバックグラウンドに係わる、ウォーカーの見解を概観しておく。

(1) まずは、初版出版当時のスコットランドの法及び法学文献について。(2) この項では、一六六〇年の王政復古から一六八一年までの状況が扱われている。(p. p. 10-14) この時期は、「一七世紀初期及び中期の動乱の年」——君主の悪政に対する反乱・内乱・コモンウェルス及びプロテクター政権の下でのイングランドとの、強制されたユニオンというよりは従属——を経過した後の王政復古体制の下で、「比較的平和で平穩」な時代であった。(p. 10) どのような状況を背景に、裁判所の再編成と重要な意義を有する諸々の立法が成立している。

前者に関して。一六七二年の裁判所法によって、High Court of Judiciary が成立した。この裁判所は、(素人の) Justice-General, Justice-Clerk 及び六人の Court of Session の裁判官からなり、一八八七年に到るまで、その形態をとりつつ、刑事事件を担当する最高の裁判所である。(p. 11) そしてそれ以前より存在している民事に関する最高裁たる Court of Session ——ステアルは、解任・再任を経つつ、その判事及び Lord President を長年にわたって務めている(詳細は、第二節参照)——Commissary Court・High Court of Admiralty に加えて、「大部分のささいな事柄についての社会的統制」は、sheriff court・baron court・regality court 等のいわゆる下級の裁判所が担当している。⁽¹¹⁾

また後者に関して。王政復古後の「一六六一年に、スコットランド議会が再開されたが、それは注意深く選ばれたメンバーの集合であり、極めて多くの重要な立法が通過した。」⁽¹²⁾特に、土地法と不動産譲渡 (conveyancing) に係わ

る分野に関してそうである。一六六一年の、捺印証書法 (Deeds Act)、ウォーカーは Stair's Act (1714)、一六八五年の限嗣封土権法 (Entail Act)、一六六九年と一六九五年の時効法 (Prescription Acts) 等が、中でも、「登記に依拠する土地に関する権利のシステムを完成」(p. 12) した、登記法 (Registration Act) が、一六九三年に成立している。また、一六六一年と一六七二年の破産に関する法律 (Adjudications Acts) 及び「一八四五年まで、スコットランドの救貧法の基礎」(p. 12) であった一六七二年の法律等。そして「このような立法の多くが二世紀以上にわたって有効であった。」(p. 12)

さらに法学文献について。「ステアルの Institutions の出版に先立つ、一六八一年の時点で存在するスコットランド法に関する文献は、極めてわずかであった。」(p. 13) もっとも、個々の制定法や、Black Acts (1555及びスキーンの Lawes and Actes of Parliament, 1424-1597 (1597)・Regiam Majestatem (1597, 1609 and 1613) としてしられる制定法の収集及び、手稿の形での Court of Session の判決の収集— Practicks — ステアル自身も、一六八三年と一六八七年に “Decisions of the Court of Session, 1661-1671 and 1671-1681.” を刊行しているが、それは「Practicks とは異なる、スコットランドで出版された、最初の判決集」であった。(p. 5) — 等は存在したが、「textbook 或いは論稿は、全く存在しなかった。」(p. 13) 従って、このような状況下では「ローマ法及び教会法のテキストさらに、それらに依拠した大陸の文献」(p. 13) に頼らざるを得なかったのである。

ところが、このような法学文献の状況の中で、三つのものすなわち、クレイグの Jus Feudale・ホープの Maior Practicks・Minor Practicks が注目し値するとウォーカーは考える。Jus Feudale に関して彼は次のようにいう。「諸原則及びスコットランド法の広範な分野に対する最も早い時期からの諸考察に依拠しつつ、その大きな法分野すなわち、土地法に関してなされた詳細な narrative account」と。(p. 13) しかし、それにもかかわらず——ウォー

カー自身も述べているように——それは、「土地法しか論じておらず」しかも、その表題が示すとおり、封建的な土地法であることを考えるならば、*Institutions* との間には、一定の断絶が存在することは、「はじめに」でも述べた通りである。

右の *Practicks* をも含めて、法学文献の状況は、ステアルの *Institutions* の位置・意義を理解するのに不可欠の要素であるが故に、再度第二節で検討する予定であるが、ここでは次のウォーカーの見解を参照した上で、次のテーマに移ることとしたい。「このような初期の文献の貧困の故に、それだけ、ステアルの驚くべき業績をひきたたせるのである。彼は初めてスコットランドにおいて、私法の全分野を抱括する一貫した *narrative book* を書き、その大きさと視野及び哲学的な幅広さと説明上の資質において、現存する全ての文献を大幅に上まわっている。」(p. 14)

(ii) 次に、ステアルが *Institutions* を執筆した動機について。(3. p. p. 14-17) それは、「種々の要因の結合したもの」(p. 14)とされるが、以下三点にしばって箇条書風に概観してみよう。

まず第一点。彼が、ユステイニアヌスの *Institutions* 及び *Digest* を読みまた、それに対する——とりわけオランダの、次のような種々の注釈家の業績を学んでいたこと。すなわち、*Joost van Dahmouder* (1507-81) *Peter Peckius* (1529-89) *Paul van Merel* (1558 1607) —— *Grotius* の師——、そして特に、*Peter Goudelein* (*Gudelinus*) (1550-1619) ——その著・*De Jure Novissimo* (1620) は、「Netherlandsの法の、初めての体系的な叙述の試み」(p. 15)である——そして *Hugo de Groot* (*Grotius*) (1583-1645)。これらのオランダ人の書物は、当時のスコットランドにおいても知られており、また多数存在していた。そこでステアルは、次のように問うのである。「なぜ、スコットランド法に関する *Institutions* が存在しないのか。」と。(p. 15)

「Grocius は、ステアルと Grocius 及びイングランドの Sir Edward Coke との関係についての、ウォーカーの見解を参照しておく。」

Grocius は、De Jure Belli ac Pacis に加えて、「Holland の領域の法に関する体系的論稿」たる *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid* (1620) (p. 15) をあらわしている。しかし彼は、前者については参照しているが、後者については、「ずっと後になるまで、ラテン語・英語に訳されなかった」(p. 15) が故に、それを読めなかったであろう、とウォーカーはしている。⁽¹⁸⁾ また、Coke について。ステアルが、なんらかの程度で、Coke の業績——“*Institutes of the Lawes of England*”——によって、自らの *Institutions* を執筆するように促されたか否かは不明である。しかし彼が、「Coke について聞きしっていたことは確実であるが、Coke について全く言及していないのも事実であり、従って、Coke の著作が彼に影響を及ぼしたという証拠は、全く存在しない」と。⁽¹⁹⁾ (p. 15)

第二のファクターは、彼の実務経験に係わるものである。つまり、次のような二つの委員会での経験、すなわち、法のリストイメントのための委員会 (Commission for the Restatement of the Law, 1649-5) 及び一六七〇年のイングランドとの Union のための委員会である。前者において彼は、「[スコットランド] 法に関する体系的な論稿の必要性」を認識し、また後者に関しては、「イングランドとの Union において、より弱小の司法権」をもつ国 (スコットランド) の側の「法は、より強固な司法権」をもつ国 (イングランド) の側の「代表が必然的に優位をしめかつ、無知と偏見から、常に、よりなれ親しむ」[自国の] 法的なアプローチに味方する議会のおもひがままになつてしまう」という危惧を懐くのである。(p. 16) そして、両法の基本的相違を認識するとともに、ステアルは「明らかに、スコットランド法を「イングランド法に」侵蝕されない状態 (inviolable) のままで保持することを望んでいた」(p. 16) のである。⁽²⁰⁾ そして、そうであるとすれば、スコットランドの法システムがいかなるものであるかをまず確定することが必要であり、これが、いわば政治的なファクターから生ずる執筆の動機である。⁽²¹⁾

そして、第三のファクター。これは、第二に比して多分に法的——しかも、一九世紀・イギリスのベンタムの法改革の動機に近いものである。ウォーカーは言う。「学識ある法律家として彼は、スコットランドの法源が、無秩序な素材の寄せ集めであり、従って、誰かがその素材を秩序だて、生起しつつある法についての体系的で秩序だった説明をなすよう努力すべき時であるという認識」をステアルが有していたこと。

以上、三点にわたって彼の *Institutions* 執筆の動機に関するウォーカーの見解をみてきたが、それは一言で表現すれば当時の法的・政治的状况を前提としつつ固有のスコットランド法を体系的に説明する必要があると彼が認識したこと、と要約できよう。そして、そうであるからこそ、「はじめに」で述べたように、ステアルは、*Scottish Legal Tradition* の出発点たり得るのである。

(iii) 次に、ステアルが依拠するモデル及び、(法)源について。(4. 6. p. 17, p. p. 20-1) このモデルという点については、ウォーカーは否定的に解している。もっとも、第一義的には、ユスティニアヌスの *Institutions*、そして *Grotius* 等の先に挙げたオランダの業績を当然参照しているのではあるが、前者に関してウォーカーは、「獨創性なしにそのモデルに追従し模倣」したのではないし、また後者についても、「そのいづれの人物にも、詳細にわたって追従」したようには思われない、としている。(p. 17) つまり、「単一のそして細部において従われたモデル」は存在しないのである。(p. 17)

さらに、ステアルの法源或いは依拠した原理について。以下ウォーカーの見解を参照しつつ列挙してみよう。(p. 20-1) 第一に、自然法、エクイティ、理性、聖書の諸原理。そして、これらの基本的諸原理をみい出すに際しては、自然法学者とりわけ、*Grotius* の業績が手掛りとされている。⁽¹⁷⁾ 第二に、ユスティニアヌスによって確定されたものとしてのローマ法、そしてより少ない割合で、教会法及びローマ法の註釈。ただし、これらは、ステアルに限って

言及されているのではなく、彼が裁判官であった当時の Court of Session の諸議論・判決の中に共通してみられるものである。そして最後に、native source すなわち、スコットランド議会の制定法——先に言及した、Skene の一五九七年の “Lawes and Actes of Parliament” に依拠しつつ——Practicks という形で収集された Court of Session の判決——Hope・Haddington・Nicolson・Spotiswoode 等のそれ——及び Craig の Jus Feudale である。

説

以上が、彼が主に依拠する法源或いは原理であるが、次のウォーカーの二点の指摘に注目しておきたい。「イギリスの権威の書は、なんら重要性を有しなかった。Glanvill・Bracton・Littleton として Coke は言及されていないし、また、いかなるイギリスの制定法或いは判例に関しても同様である。」(p. 21) またもう一点。「ローマ或いは外国の法源の重要性を過大視しないことが重要である。Institutions は、ユスティニアヌスの Institutions のスコットランド人による翻訳ではないし……大陸の書物のスコットランド人の手による編集でもない。それは、主として native source 及びスコットランドの制定法と判例の機能に関する諸考察に依拠した、スコットランド法の説明である。」(p. 21)

論

(iv) 最後に、Institutions の、スコットランド及びヨーロッパ全体におけるその地位・意義について。(9, 10. p. p. 37-43)

まず、スコットランドにおける地位・意義。一六八一年の初版出版以来、Institutions は、スコットランドの法の歴史及びスコットランド法の文献において、次の意味で極めてユニークな位置を有している。すなわち、「それは、narrative form でスコットランドの全私法を体系的に説明しようとした最初の書物〔でありまた〕……それは、極めて広い範囲でスコットランド法を、合理的なシステムとして作り出した……。」(p. 32) この両者が相俟って、In-

stitutions が、近代スコットランド法の出発点であるとともに、近代的な Scottish Legal Tradition の出発点たり得たことは、「はじめに」でも言及したとおりである。そして、この点との関係で、一五三二年に設立され、クロムウェルのコモンウェルス期を除いて存続してきた Court of Session の従来の判決の扱いが問題となろう。ステアル自身、Practicks という形で収集されたこれらの判決を native source として参照していることは(18)でみた通りである。ところが、ステアルは、「多くの判決を引用しているが、いかなる点においても彼が、これらの判決を、近代的な意味での先例 (precedent) と考えたことを示すものはない。」(p. 38) として、そうであるからこそ、法が「高度に形成されつつあった状況」(highly formative state) (p. 38) の下で、従来の判決にとらわれない、新たな私法の体系を、Institutions が形成し得たといひ得るであろう。そして、右のようなものであるが故に、Institutions は、「最も権威あり尊重される一般的な論稿であり…… Court of Session の判決と同様な権威を有し、従って法を作り出す……数すくない institutional works の一つである」(p. 40) といひ得るのである。

次に、ヨーロッパ全体における Institutions の位置・意義について。まず、ヨーロッパ全体の潮流の中で、ウォーカーは次のように位置づける。「ステアルの Institutions の著述・出版は、一七・八世紀にヨーロッパに広まった現象すなわち、個々の国の法を体系的に提示する、実質的で学問的に述べられた著作の出版という現象の一例である。」(p. 14) 彼は続いて、「二頁にわたって、フランス—— Domat, Les lois civiles dans leur ordre naturel. (1689-94) 等。以下若干の例のみを挙げる——、ドイツ—— Christian Thomasiaus・Johann Gottlieb Heineccius, Elementa iuris civilis secundum Institutionum (1725) ——、Netherlands —— Hugo Grotius ——、スペイン、スカンディナヴィアに言及しているが、ここでは、イングランドについてのみ若干参照しておこう。(19)

「イングランドは、このヨーロッパの潮流の中では、例外的ケースであり、その外に位置する。」(p. 43) という

のは、イングランドは他に先駆けて国民国家となり、従って早い時期から、その王国の法に関する多くの論稿が存在したからである。すなわち、Glanvill, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* (c. 1187)・Bracton, *De Legibus et Consuetudinibus Angliae* (1256)・Littleton, *Tennures* (c. 1480)・Cowell, *Institutiones Juris Anglicani ad Methodum et Seriem Institutionum Imperialium compositae et digestae* (1605) (一六五一年に *Institutes of the Law of England* として英訳)・Coke, *Institutes of the Law of England* (1628-44) (英語ではじめて書かれた書物)そして Wood, *Institute of the Law of England* (1720) 等。しかし、これら全体に関して、ウォーカーが——「はじめに」で参照した、MacCormick と同様⁽²¹⁾——次のように評しているのは興味深い。「このいづれもが、ステアルの言明におけるような、哲学的背景・息吹・明晰さを有していなかった。それと比し得る著作としては、イングランドは、一七六五年のブラックストーンを待たねばならなかった。」と。(p. 43)そして、このイングランドをも含めて全体としてステアルは、「一七・八世紀に全ヨーロッパにあらわれた、‘institutionalist’の学派の代表であるとともに、初期のそれである」(p. 43)とウォーカーは結論づけるのである。

以上、ウォーカーの *Introduction* に依拠して、*Institutions* 成立のバックグラウンドに係わる彼の見解をみてきたが、ここで、右で言及されながらも詳論されていない或いは全く言及されていない若干の問題——従って、第二節及び本章全体の課題——を、列挙することで、本項の結びとしておく。

(a) まず第一に、当時の法及び法学文献の状況。制定法及び判決——とりわけ、*Court of Session* のそれ——は、いかなる機能・形態を有していたのか。特に、*legal system* という観点から。この問題は、*Parliament* 及び裁判所という、制度的側面とともに、制定法及び判決の存在形態——また、あるとすれば、判例理論——といういわば、法理論的側面の、両面からの検討を必要とするであろう。さらに、法学文献の状況。ローマ法及びそれに関する大陸

の注釈書が多く存在するとはいえ、どの程度に、また、その浸透状況はどうであったのか。この問題は、その流入を媒介する人的問題——とくにスコットランドからの、大陸への留学状況——及び、それを基本的に規定する、法学教育のあり方に係わるであろう。

(b) 次に、Institutions 執筆の動機の一つであった、イングランドとの法の統一をめぐる状況。右では、ステアルの直接かかわった、一六七〇年の委員会のみが言及されているにすぎないが、その前史として、一六〇三年のジェイムズI世の同君連合の下での法の統一のプロジェクト及び、コモンウェルス下でのスコットランド法の状況が、とりわけ Institutions の意義を理解するには、不可欠のファクターであろう。

以上、二・三の極めて大きな問題を指摘したが、それらを本章全体として——また、「はじめに」の附記でふれた、別稿での資料で補足しつつ——明らかにしていきたい。

〔注〕

- (1) D. M. Walker, "Scottish Legal System," p. 401. cf.
- (2) T. B. Smith and L. A. Sheridan, "The British Commonwealth" vol. 1, The United Kingdom, p. 627.
- (3) Juridical Review, 1981. (The Tercentenary of Stair's Institutions) p. 101 cf.
- (4) 以下、本項の頁数のみを示すのは、Walker's Introduction to "The Institutions of the Law of Scotland," ed. by D. M. Walker, Edinburgh and Glasgow, 1981. よりの引用である。(以下、Walker's Intro. と略記)
- (5) この点について、次のような興味深い、ウォーカーの注が付されている。「Andrew Anderson は、一六六三年に、ヘイズンバラの Town and College に、印刷人として指名され、一六七一年には、四一年間にわたって、スコットランドの印刷についての独占権を与えた国王の勅許状 (Royal Patent) を受けた。……一六八七年には、Town Council は、Anderson の妻に対して、大学の図書館の下で、印刷する権利を付与し、一七一六年に死亡するまで、そこで仕事を続けた。従って、ス

テマールの書物は、Edinburgh University Press の先駆によって出版されたのである。」Walker's Intro. p. 57. Note, 107.

(9) William Johnstone (1729-1805) は、弁護士及び国会議員でもあるが、マダム・スミスの友人であった。Walker's Intro. p. 45. cf.

(7) John Schack More (1784-1861) は、弁護士であり、ステマールの *Institutions* とともに、ヘルスキンの *Principles* をも刊行している。また、George Joseph Bell の後継者として、エディンバラ大学のスコットランド法の教授を、一八四三年から一八六一年まで務めていた。Walker's Intro. p. 46. cf.

(8) この版も“tercentenary”の年(一九八一年)に改版されたものであるが、すくなくとも、ステマールに関する記述及びスコットランド法の歴史に関する記述(4. The Development of Scots Law)については、若干の追加・変更(ex. p. 106, p. 108, p. 112 etc.)を除いて、基本的には第四版(一九七六年)と同じである。

(9) 但し、次のトレヴェリアンの指摘も参照。「一六六〇年から一六九〇年までの間、アイルランドとスコットランドの諸事象は、引続きイングランドの目まぐるしい革命的変動のあとを追うことになるのである。」G. M. トレヴェリアン、大野監訳『イギリス史』2、二〇三頁。

(10) Walker, “The Scottish Legal System,” p. p. 117-8 cf. 次の指摘も参照。「中央の刑事裁判所たる Court of Justiciary は、一六七二年にその永続的な形態に創設されたのであるが、それは、クロムウェルの集権化された司法システムへのノスタルジマになんらかのものを負っていたであろう。」と。R. Mitchison, “Lordship to Patronage,” Scotland 1603-1745 (The New History of Scotland, 5, 1983.) p. 71. また、現行の High Court of Justiciary をも含めた刑事司法については、Parterson and Bates, “The Legal System of Scotland,” chap. 4. (Criminal Court) cf.

(11) これら下級裁判所の起源等については、Walker, *ibid.*, p. p. 93-6. cf. また、中でも、baron court が地方社会において重要な機能を果たしたことをについては、R. Mitchinson, *ibid.*, p. 81. cf.

(12) Walker, *ibid.* p. 116.

(13) 但し、次のような全く逆の指摘もある。「ステマールは、Grotius の *Inleidinge* を研究し、それを参照したが……。」J. B. Smith, *Scots Law and Roman Dutch Law*, J. R. '61, part 1, p. 37. しかし、ウォーカー自身も、本文で引用した箇所は、かなりにあらまらな注を付している。「しかし、*Institutions* 1. 9. 4 の *Inleiding* 3. 33. 2 及び 3. 34. 2 の間

説

論

には事によると重要な意味あいをもつかもされない類似性 (possibly significant similarities) が存在する。…」と。Introduction p. 55, Note, 50.

(14) ロックもこれと同様なことがいわれている。N. MacCormick, Law, Obligation und Consent: Reflections on Stair and Locke, Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, 79, vol. LXV. cf.

(15) 法の統一(に対する考え)と両法の差異に関する認識の間には、なんらかの関連があるように思われる。例えば、一六〇三年以後の、両法の統一の、スコットランド側の推進者——イングランド側では、Sir Francis Bacon もその一人である——Sir Thomas Craig は、両法の「類似性を説明し分析した、最初の全面的な試み」たる De Unione Regnorum Britanniae Tractatus (1604) をもたわづらう。B. P. Levack, The Proposed Union of English Law and Scots Law in the Seventeenth Century, J. R. 20, p. 105.

(16) その完成状況については、「はじめに」、中京法学第一九巻第二号、参照。

(17) ウォーカーはこの箇所にも、次のような興味深い注を付している。「ステアルはむしろ、Francisco Suarez・Luis de Molina のような、一六世紀のスペインの Theologian-jurist に関心を有していたようである。彼の obediencial obligations という概念は、おそらく Suarez を介して、Thomas Aquinas から入ってきたものである。」と。Introduction, p. 55, Note 58.

(18) 近代性・合理性については、第二章以下で検討するが、それを扱ったモノグラフとしては、Neil MacCormick, Rational Discipin of Law, J. R. '81.、そして、ブラックストン、スミス、ベンタムの三人に共通する特徴の一つが「学問の性格を『体系性』にみていること」(石井幸三、「アダム・スミス『法学講義(A)』における法思想」、龍谷法学、第一六巻第四号、三二頁。)であるとすれば、ステアルもその一人に加えられるであろう。

(19) 同書でもしめたように、J. C. Gardner, A Comparison of the Doctrine of Judicial precedent in American Law and in Scots Law, J. R. '40. p. 160 cf.

(20) cf. K. Luig, The Institutes of National Law in the Seventeenth and Eighteenth Centuries, J. R. '72, part 3.

(21) 「はじめに」中京法学、第一九巻第二号参照。

II "The Tercentenary of Stair's Institutions." *Juridical Review*, 1981.

次に *Juridical Review*, 1981. の特集号 "The Tercentenary of Stair's Institutions" に掲載された諸論稿を紹介していく。この号には、次の五本の論文が掲載されている。(i) Th Hon. Lord Cameron, James Dalrymple, 1st Viscount of Stair, (ii) R. H. Campbell, Stair's Scotland: The Social and Economic Background, (iii) Golden Donaldson, Stair's Scotland: The Intellectual Inheritance, (iv) D. N. MacCormick, The Rational Discipline of Law, (v) D. M. Walker, The Importance of Stair's Work for the Modern Lawyer. 但し、本項についても、前項と同様の方針すなわち、経歴及びステアルの理論そのものは除外して、彼の *Institutions* 成立のバックグラウンドに係わる論稿・内容にしぼって紹介していく。従って、(i)については第二節に、(iv)については第二章以下に参照することとして、本項では、Campbell・Donaldson・Walker の三つの論稿を、——前項とのつながりで、まずは Walker から、但し重複をさけつつ——紹介・検討していく。

説

論

(i) D. M. Walker, *The Importance of Stair's Work for the Modern Lawyer*. (p. p. 161-76) の論稿は、その表題が示すとおり、現代との係わりで、ステアルの意義を検討しようとするものである。つまり「それ [Institutions] は、我国の法の歴史において、単なる里程標従って、現在ではその影響が消滅しているのか、或いは、かつて影響を有し、そして今なお重要性を有しているのか。」と、ウォーカーは問う。(p. 161)そして、この問いは、次のようにいいなおし得るであろう。「もしステアルが、その *Institutions* を書かなかったとすれば、現代の法律家にとって、なんらかの差異が存在していたであろうか。」と。(同頁。)これらの問いに対して、ウォーカーは、論稿の最後において、肯定的に答えつつ次のように結論を要約している。「現代の法律家にとってのステアルの重要性はいかなるものであろうか。私は次のように考えている。ステアルは、広範にわたって近代スコットランド法

を作りあげ (i)、おそらくは、スコットランド法を、その死滅から守り (ii)、初めて continuous narrative で全法を提示し (iii)、彼が述べた諸原理に、かなりは、一定の表現形式を与え (iv)、後の著作家達のために、一つのモデルを確立し (v)、また彼の著作は常に、それ自体として権威あるものと認められ (vi)、そしてとりわけ、彼は、多くの分野において、後になされた全ての精密化、限定、演繹的な適用の基礎となった基本的な、一般的原理を提示した (vii)」と。(p. p. 175-6) (引用文中のローマ数字は角田による。) 右の諸点を整理した形で、三つに分けて、検討しよう。

まずは彼が、かなりはスコットランド法を作り出したとともに、死滅からそれを守ったという点について。(i) (ii) 前者については、彼の裁判官及び Lord President としての長いキャリア及び、「(権力分立が確立されていない)一六・一七世紀のスコットランドにおいて……裁判官は、単に裁判官であるにとどまらず、政治家でもあった」⁽¹⁾ という状況——従って、判決が極めて大きな影響力をもつとともに、立法的性質をも有し得た——を考へるならば充分であろう。但し、後者については若干、ウォーカーの見解を参照する必要がある。彼はここで、一七〇七年の合併をめぐる法の状況に言及している。ウォーカーはいう。「一七〇七年の合併において」一見すると (ex facie)、スコットランド法を保証するという合意に関する条項が、明らかに存在していた。〔Treaty of Union の〕第一八条……従って、理論上は (on paper)、私的権利に関するスコットランド法は、合併によっても保証された。しかしもし、議員、裁判官、法律家が、ステアルの一六八一年と一六九三年の有意義な書物〔Institutions、第一版・第二版〕を参照し得ず従って、私的権利に関する我法についての言明が存在するといえなかつたならば、この紙の上の保証 (paper guarantee) はいかなる有用性を有し得たであろうか。』と。(p. 162) 以下彼は、イングランド法の「押しつけ」(impose) の例——スコットランド及びインドの例をも挙げている——を挙げつつ、次の結論に到るのであ

る。すなわち、「ステアルの Institutions は、スコットランド法を、一八世紀及び一九世紀の、可能性のあった死滅から守ったのである」と。(p. 163)

次に、ステアルがはじめて、スコットランド法を、諸原理に裏づけられた一つの体系として提示し、そのことによって後の著作家達のモデルとなった点について。(iii) (v) この点は、前項とのかかわりより、次の二つのウォーカーの見解を参照するとどめる。「事実、大原則にもとづいて法を体系化するというステアルの影響は、現在に到るまで text-writer 達に影響を与えてきている。我々は彼から、スコットランド法は、“If X, then Y” という形で述べられるものではなく、むしろ、大項目及び小項目等に分類された、当事者の諸権利……等に言及されることによって述べられるものであるということを学んできた。」(p. p. 165-6.) 「ステアルの説明における顕著な特徴で、近代の書物及び法に対する近代的理解に伝えたものは、区分と分類及びとりわけ、個別から一般を区分するという彼の分析的アプローチである」(p. 166.)

最後に、彼の Institutions が、権威あるテキストとして、学説として、また実務上も繰り返し援用されてきたという点について。(vi) (vii) この点は、右でみた、スコットランド法の体系的提示という点とかかわるとともに、その体系が、一般的原理によって構築されたという点に大きな意味が存在するであろう。すなわち、「最も重要な点は、ステアルはその Institutions を書くにあたって、法に関する多くの陳述を、原理という形すなわち、その原理の範囲内に入ってくる多くの個々の事例に適用可能な、極めて一般的な陳述の形で定式化」したということである。(p. 168.) その意味で Institutions は、「一般的原理の、有用で重要な宝庫であり、続けている、(continues to be)」のである。(傍点・角田) (p. 170.)

以上、現代という観点に立った、ウォーカーの諸説を概観してきたが、まとめにかえて次の見解を参照しておこ

う。「最後に重要な点は、ステアルの *Institutions* は、時がたつとともに関心をもたれなくなったということがないという点であり、また、近代のテキストブックが、次の世代の著作家による新しい書物によって越えられてきたようには越えられはしなかったという点である。後の *institutional writer* 及び近代のテキストブックは全て、たえずステアルを参照しつづけている。」(p. 174.)

(ii) G. Donaldson, *Stair's Scotland: Intellectual Inheritance.* (p. p. 128-45.) 本論稿は、次に検討する Campbell 論文とあわせて、ステアルの生きた時代のスコットランドすなわち、一七世紀のスコットランドの知的・経済的状况を探ることによって、ステアル・*Institutions* の位置・意義をそのバックグラウンドとの係わりで検討しようとするものである。

Donaldson の提起する論点は、二つあるように思われる。すなわち、第一に、一七世紀のスコットランドにおいて、「秩序の切望」・「秩序への情熱」(*craving for order, passion for order*) が広範に——すなわち、政治のみならず、「科学的、文学的及び文化的諸活動」(p. 128) にわたって——存在し、*Institutions* はまさに、法(文化)の側面におけるその典型であるという点。第二に——そして、第一の帰結として——一七世紀・スコットランドにおける「啓蒙」という問題。第二の論点は、N. MacCormick 等の見解を検討した、「はじめに」の二、を参照することとして、ここでは、Donaldson 自身の、ある意味では全体の結論を示すと思われる、次の言を引用することとめておこう。「『スコットランド啓蒙』という流行の概念 (*fashionable concept*) は、「一七〇七年以前の、文化不毛・宗教の時代という考えを」……含んでいる。しかし、一八世紀の『啓蒙』について、多くの事を述べている人のうちであまりにも多くが、一七世紀におけるスコットランドの文化についてみい出そうとする努力をしていないというのが真実である。もし彼らがそうしていたならば、“unenlightened” とみなそうとしている人々の業績が、

とるに足りないものではないということのみ出していたであろう。」(p. p. 144-5)

第一の論点に関して Donaldson は、広範な学問分野に言及している。すなわち、数学 (p. p. 131-2)、医学 (p. 132)、地理学 (p. p. 134-5)、化学 (p. 136)、歴史学 (p. 140)、法学 (p. 142-3)、建築⁽⁴⁾(学) (p. 144) 等。そして彼は、これら活況を呈する学問状況を、総体として、「秩序への切望」・「情熱」というタームによって把握するとともに、その実用性という点に共通点をみている。すなわち、「スコットランドにおける学問のあらゆる局面において、理論よりもむしろ、実践的な適用が、非常に強調されていた。」と。(p. 132)そして、このような傾向を顕著に示すのが、学問(科学)と結びついた上での、種々の発明やあるいは、極めて実用性・必要性の高い創作物の創造である。⁽⁵⁾

このような Donaldson の理解は、アダム・スミスの『国富論』の、次の一節を想起させるであろう。「とはいえ、機械類についての改善の全部が、機械の使用を必要とした人々の発明だったわけではない。多くの改善は、機械の製作が一つの独自の職業の仕事になったときに、機械製作者たちの創意によってなされたものであり、またいくつかの改善は、なにごとくもせず、あらゆる事物を観察することを職業とし、したがってまた、もっとも遠距離にある異質の諸対象の力をしばしば結合しうる哲学者または思索家とよばれる人々によってなされたものなのである。社会の進歩につれて、哲学や思索は、あらゆる他の仕事と同じように、市民の特定階級の主要または唯一の生業になり、また職業にもなる。そのうえ、あらゆる他の仕事と同じように、この職業もまた多数のさまざまな部門に細分され⁽⁶⁾……。」学問的営みをも含めた意味での分業及び、それと「社会の進歩」の相関性をみるスミスの見解に従えば、Donaldson の描くスコットランド・一七世紀は、すくなくとも学問(科学)という面からみれば、まさに「進歩」した社会といいうるであろう。

そして、右のような実用性の重視という背後には、「科学的或いは擬似科学的活動と経済上の発展との間の、極めて明白な結びつき」とともに、「〔スコットランドの〕自然資源の開発及び、産業家の奨励という点における、貴族と市民双方の利害」が存在したという Donaldson の指摘 (p. 133) は、極めて重要であろう。つまり、経済的ファクターともからみあった、実用的学問の活況及びその象徴としての、種々の発明のプロジェクトは、まさに「その時代の不断の知的エネルギーの徴候」なのである。(p. 133)

さらに、「この王政復古の時代に、科学が、かつてなかった程に流行した (p. 136)」ことを象徴する一つの事実を挙げる必要がある。すなわち、一六六〇年における王位協会——正式には、Royal Society of London for Improving Natural Knowledge——の設立と、そのでの、スコットランドの占める重要な地位である。別の著書において Donaldson は、次のように述べている。「科学的研究が上流社会の人々の間に異常な流行を来たし、ロンドン・ロイアル・ソサイアティの第一代会長サル・ロバルト・マリのようなスコッツが、非常に重要な仕事を成し遂げた。」⁽⁷⁾

最後に、法・法学の状況、——特に「秩序への切望」・「情熱」との係わりで、——についての彼の見解をみておく。その「切望」・「情熱」は、公・私両面において存在した。すなわち、公的側面においては、「一五七〇年代に、政府は、“Auld Laws”つまり、制定法と Court of Session の判決を、一種の法典にするという計画に多大の関心を有していた。」(p. 142)と指摘されるように、法典化の求めに存在する「秩序への切望」・「情熱」である。また、私的側面においては、右の法典化の失敗を補なう役割を果たした、種々の法例集・判例集・法学辞典等の編纂⁽⁸⁾があげられよう。これらの両者は共に、判例をも含めて、従来存在する法を、秩序だてようとする試みであり、そのような状況を前提にして「一七世紀の最も重要で永続的な成果の一つは、スコットランドが、法がしばしば不十分に

か実現されない (ill-enforced) 国から、一般的に従われるような国へと転換したこと」(p. 128) といひ得るのである。そして、ステアルの Institutions は、「『秩序への切望』という内容に完全に適合するもの」であったのである。(p. 145)

(iii) R. H. Campbell, *Stair's Scotland: The Social and Economic Background* (p. p. 110-27) Campbell は冒頭において、一七世紀・スコットランドに対する、相反する二つの見方を提示している。すなわち、第一に、「はじめに」の Trever-Roper 説批判で検討した⁽⁹⁾、一七世紀・暗黒時代という理解。これによると、ステアル及びその業績は、次のように考えざるを得ないであろう。「……ポピュラーな解釈「すなわち、一七世紀・暗黒時代」によると、スコットランドは、ステアル及びその著作を生み出すのに、最もふさわしくない国と考え得た。おそらく彼は、予期し得ない不可解な逸脱 (unexpected and inexplicable aberration) であった。」と。(p. 110) そして第二は、経済的側面に焦点をあわせて、一七世紀・スコットランドをとらえようとする見方。すなわち、その時期を、経済構造における転換期とし、「後に全面的に開花する、新しい経済構造の始まりが、既に存在していた。」(同頁) と考えるのである。そして、これによると、第一とは全く逆に、ステアルは次のように積極的に理解し得る。「ステアルの法は、転換を成し遂げようとする経済から生まれた。前者〔Stair's law〕は後者〔経済〕から影響を受けたであろうし、また逆に前者は、経済に影響を与えたであろう。」と。(同頁)

後にみるように、法と経済の關係に関する結論において若干のあいまいさを残してはいるものの、著名な経済史家・R. H. Campbell が、第二の立場でこの論稿をすすめていることは、明らかである。従って、まずは、一七世紀・スコットランドの経済における積極的見方——Campbell の言を借りるならば、“forward-looking standpoint”——に焦点をあわせ、次いで、法としてステアルと経済に関する Campbell の見解を概観していく。

ステアルの時代のスコットランドは、基本的には、農業社会であった。すなわち、地主階級を「組織の基本的単位」とする農村社会において、自給自足が行なわれるとともに、都市においても「その経済生活は、農業から独立していなかった。」⁽¹⁰⁾ (p. 111) 従って、「農業上の改良が、経済の拡大の前兆」であったのである。(同頁) しかし、そうであるとはいえ、「外国貿易における「農業改良に」みあった転換の必要性は、当時の人々にとっては明白であった。」 (p. 112) 例えば、輸入に関して、三つの主要な輸入品物が、当時のスコットランド経済の弱さを反映していた。第一に、バルト海の諸国から輸入された、鉄・銅・木材等の原材料。第二は、良質のリンネル・羊毛製品等の加工品。その輸入は、スコットランドが、イングランド及びオランダ等と、上質の完成品において競争することを不能にしている。第三に、ワイン・砂糖・タバコ等の奢侈品。これらは、交易のバランスという観点から、しばしば批判され、また時には禁止されたが、実効性をあげ得なかった。そしてさらに、輸出における弱さが、右の「転換の必要性」の認識をより強いものにしていった。

ところが、ステアルの時代に、輸出状況において変化が生じている。⁽¹¹⁾ すなわち、穀物・石炭等の輸出が増大し、一六八〇年代において、スコットランドから出港するほぼ半数の船が、石炭を積んでいた。(p. 113) また、王政復古後、激化する競争と保護貿易政策によって、スコットランドにとって、市場が閉ざされたが、「変化しつつある外国貿易のネットワーク」において、一つの特徴が存在する。すなわち、「イングランドとの交易の、増大しつつある重要性」 (p. 113) で、特に、家畜とリンネルに関してである。

そして、このような外国貿易の発展の背後には、独占権を有する「王許都市 (royal burgh) の変化しつつある経済的地位」 (p. 114) という事情が控えている。⁽¹²⁾ すなわち、他の都市つまり、burgh of barony 及び burgh of regality の多数の設立とその伸長及び、それらの王許都市への挑戦であった。⁽¹³⁾ このような中で、「一六七二年に、

非王許都市 (non-royal burgh) と、マニユファクチャーを公言する会社或いは “societies” のいくつかに對して、全ての商品を輸入し小売する自由が認められた⁽¹⁴⁾ (p. 115) また、このような「新しい経済力の挑戦」は、自治都市集団内部での、グラスゴウの伸長という中に顯著にあらわれている。すなわち、「エディンバラへの経済力の集中は、新しくも驚くべきことでもないが、一七世紀とりわけその後半の顯著な特徴は、グラスゴウの伸長」であり⁽¹⁵⁾ (p. 116)、しかもそれは、「産業上及び商業上の成功の結果」であった。そして、これらの拡張は、「交易の地理的拡大」すなわち、西インド及びアメリカ本土との交易と結びついていたのである。

右のような経済的轉換は、議會や枢密院 (Privy Council) の活動・政策をみれば、より明らかになると Campbell は考える。前者の活動に關して。交易・農業及びマニユファクチャー等広範にわたる「王政復古期に制定及び再制定された多量の立法の中の経済に關する法令」 (p. p. 118-9) の中に。また、「商業生活上の諸条件を改良することを目的とした多くの法令」等の、一六八〇年代の立法の中に。⁽¹⁶⁾ (p. p. 120-1) また、後者に關しては、「枢密院の活動は、議會のそれを補う」ものであり (p. 119)、「より發展したレベルの経済分析が、枢密院の記録の中で明らか」であった。(p. 121)

右のように、“forward-looking standpoint” に立って、一七世紀の経済的轉換を檢討した後、Campbell は次のように言う。「なんらかの正確さを持って、どの程度に、この変化しつつある経済構造及びそれが示した諸々の熱望が、ステアルの法に影響を与えたかを主張しようとするならば、それは早まっているであろう。しかし、法と経済の間に考へ得るなんらかの結びつきは、一定の適切な結論を提供するであろう。」と。(p. 124)そして、右の言を受けて、経済發展のための「減じ得ない最低条件」(irreducible minimum)として、「社会秩序と安定という基本的な最低条件」及びより特殊なものとしての、「社会における広範な、契約責任に基づく義務の承認」をあげつ

つ、ステアルに関して次のように言う。「ステアルにおける、実定法上の三つの原理「社会の維持・繁栄・平和、財産の安定、商業の自由」⁽¹⁷⁾」の展開は、……これら「右の三つの」必要性を直接に満たすことを目的としたものと解釈し得よう」と。(同頁)そしてさらに、これら三つのうち、特に交易の自由が、法の適用において重視されたならば、「法の貢献がより強力となる」としつつ、「ステアルの中には、そのようななんらかの傾向を示す証拠がある。」としている。(同頁)すなわち、ステアルにおける、法の扱いの柔軟さ (Flexibility) がそれであって、それはまさに「社会の変化しつつある諸要求に、法を適合させようとする必要性」から生じたものなのである。(p. 126) もつとも、Campbell は、そのような事柄の全面的開花を、「ケイムズのような、一八世紀の哲学者」の中にみつつ、「ステアルのようなそれ以前の、institutionalist の中にも存在した。」とする。(同頁)そして最後に、次のように結論づけている。「『商業革命の推進』には」一八世紀が貢献しなければならなかった。しかし、ステアルの生きた時代には、その成功が獲得され得る諸々の方法のきざしさをみることができ。」(同頁)そして、ステアルの Institutions は、まさにその一つなのである。⁽¹⁹⁾

以上、Juridical Review 掲載の三論稿を紹介・検討してきたが、前項同様、若干の問題点及び今後の課題を指摘して、次の Tercentenary Studies に対する同様な作業に移っていききたい。

まず第一に、Donaldson 論文のキータムたる「秩序への切望」・「情熱」と法の問題である。この問題は、前項で参照した、ウォーカーの指摘——本稿三一頁参照——とあわせて考えるならば、特にイングランドとの対比で一つの重要な論点を提供するように思われる。その論点とは、法改革である。周知のように、イギリスで法改革の動きが全面化したのは、一九世紀中葉のいわゆるベンタム主義の時代であった。ところが、仮りに、法改革の産物としての法典化が失敗に帰したとしても、十七世紀・スコットランドにおいて、時代の風潮を反映して、そのような動きが

存在し (Donaldson の指摘) しかも、ステアルの *Institutions* がその一つの典型である (ウォーカー及び Donaldson の指摘) とするならば、イングランドとスコットランドという対比に関していかなる帰結をもたらすであろうか。この点は、今後の課題としておくが、すくなくとも、「はじめに」の二で参照した、MacCormick の提起する第三の論点と同様な問題がここには存在するように思われる。

また、Campbell の提起する法と経済の問題。この問題は、M・ウェーバーの法社会学における基本的テーマであるが、ステアル研究との係わりでの私の課題は、一七世紀の経済状況に関する理解を、経済史の業績によりつつ深めるとともに、法思想レベルにとどまらず、実定法レベルの問題をも検討することであろう。

説

[注]

(1) J. L. Duncan, *The Life and Times of Viscount Stair*, p. 104.

(2) 合邦法第一八条 (*The Union with Scotland Act, 1706*, 6 Anne c. 11, XVII, *Halsbury's Statutes of England*, 3d. ed. vol. 6, p. 504) は次の通りである。 **Laws Concerning public rights; private rights.**—— That the laws concerning regulation of trade customs and such excises to which Scotland is by virtue of this treaty to be liable be the same in Scotland from and after the union as in England and that all other laws in use within the Kingdom of Scotland do after the union and notwithstanding thereof remain in the same force as before (except such as are contrary to or inconsistent with this treaty) but alterable by the Parliament of Great Britain with this difference betwixt the laws concerning public right policy and civil government and those which concern private right [that the laws which concern public right] policy and civil government may be made the same throughout the whole United Kingdom. But that no alteration be made in laws which concern private right concept for evident utility of the subjects within Scotland.

(3) この二つのウォーカーの指摘においては、総合のアプローチと分析のアプローチという、相反する二つのアプローチが述

論

べられているが、これらの点については、第二章以下で、ステアルの方法を検討する中で言及する。

- (4) これらの学問に関しては、同著者の『スコットランド絶対王政の展開』、第一十六章(ジェイムズ六世期のスコットランド文化)及び、さしあたっては、「はじめに」で参照した“*The Origins and Nature of the Scottish Enlightenment*”所収の論文(R. G. Cant: *Origins of the Enlightenment in Scotland: The Universities, C. M. Shepherd; Newtonianism in Scottish Universities in the Seventeenth Century, A. C. Chitnis; Provost Drummond and the Origins of Edinburgh Medicine*) 参照。また、建築に関するドナルドスの次の指摘参照。「この時代のもっとも偉大な芸術的業績で、この時代の特徴をもっとも意義深く表現しているのは建築であろう。」前掲、二二六二頁。

- (5) 例えば、海水を飲料水にする道具、鉱山から水をくみあげるエンジン等。また、ドナルドスン、前掲、二五二―三五頁参照。
- (6) A. Smith, “*The Wealth of Nations*,” ed. by Campbell, Skinner and Todd. I. p. 21. (大内・松川訳『諸国民の富』I. 七七頁) 訳文は、大内・松川訳によった。

- (7) ドナルドスン、前掲、三七二頁。

- (8) これらの書物については、本稿二八頁参照。

- (9) 「はじめ」中京法学第一九卷二号参照。

- (10) 次のドナルドスンの指摘も参照。「国王ジェイムズ六世の典型的な臣民は、地方民であって都市民ではなかった。というのは、スコットランド経済の主要な性格は、十七世紀を通じ、そのことばのいかなる意味においても地方的経済であった。」前掲、二三五頁。

- (11) 外国貿易に限らず、一六七〇年代には、国内市場も拡大された。cf. R. Mitchinson, “*Lordship to Patronage; Scotland 1603-1745*,” p. 103 cf.

- (12) 「王許都市は外国貿易の間で独占権をもっており、それは関税徴集を容易にするので王家にとっては好都合であり……王許都市は、またクラフトの面でも特権と排他的な権利を有していた。したがって、商業とマニファクチャに対する規制は、部分的には王許都市総会の問題であり、総会は毎年会合を開き、王許都市の共同の利益を審議し、そのための立法を行なった。」ドナルドスン、前掲、二八一頁。

- (13) Walker, “*The Scottish Legal System*,” p. p. 91-3 cf.

(14) 「一六七二年の議會制定法〔は〕從來、六六の王許都市に限定されていた外国貿易を、ワイン……等の特定の商品のみの、王許都市の特権を留保した上で、*burghs of regality* 及び *barony* に開放した。」*Mitchinson, op. cit., p. 99.*

(15) 「一七世紀にグラスゴーは、確実に、スコットランドで最も急速に発展した都市であり、新しい繁栄の場所であり、注目すべき、産業上及び商業上の企てのふるさとでありまたエディンバラに比較し得る唯一の自治都市であった。」*Smout, "Scottish Trade on the Eve of Union, 1660-1707, p. 144.*

(16) 「一六八一年に、諸産業を促進しようとする、政府の特別な試みが、はじまったということは重要である。というのは、一六八〇年代は全体として、交易に対する重商主義的諸制限が感じられた時期だからである。」*Mitchinson, op. cit., p. 107.*

(17) *Stair, Institutions, p. 91.*

(18) *D. Lieberman, 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. Hont and M. Ignatieff) cf.*

(19) *Campbell* 論文の紹介の冒頭で、「法と経済の關係に關する結論において若干のあいまいさを残している」と述べたのは、右で参照した見解(本稿四六頁)とともに次のような *Campbell* の言が存在するからである。「法律家の「〔変化しつつある經濟上の諸々の要求〕に対する」貢献が、いかに有用なものであつても、またいかに法がそれを促進しようとも、法は經濟成長を保障し得なかつた。それ〔法〕は、公的秩序の安定性の維持及び、商業社會の變化しつつある諸要求を認識するのに充分に柔軟であることの双方に關して、必要條件であるかもしれないが充分條件ではなかつた。法律家の社会的及び經濟上の重要性は過大評価されるべきではない。」と。(p. 126)

〔以下続稿・十一月二三日脱稿〕

説

論