

# 独占事件（1602）

——その文脈を解きほぐす——

深尾裕造

はじめに

1. 問題の所在
2. 営業の自由論争
3. クックと経済的自由主義

第1章 独占事件の歴史的位置

1. 独占特許をめぐる問題群
2. トランプ独占事件前史
3. 議会独占論争から黄金演説へ

第2章 独占事件の問題枠組みと論理

1. 三つの判例集
2. 事件の概要と訴答及び争点の決定
3. 弁論の開始と第一回公判

第3章 「国王大権」vs「臣民の自由」

1. ドッドリッジによる問題の再措定：第二回公判
2. フレミングの「君主権」論と裁量論
3. フラーの「臣民の自由」論と法の支配

第4章 クックの「公共善」論とエルズミアの批判

1. クックの無用物論と公共善
2. クック『判例集』の判決と判決理由
3. エルズミアの批判とその意味

第5章 未公開手稿本法廷報告の発見

1. エルズミア批判の正しさ 実質論と形式論
2. クックの公共善論の形成：1603～1615の間の変化

まとめにかえて—Context と Decontextualization—

Mala in se と Mala prohibita との間で=天賦人權論と人定法との間で

## はじめに

### 1. 問題の所在

『法学提要』の著者クック（1552-1634）は、「マグナ・カルタ再解釈」によって、即ち、「中世的「自由」の世界の形式に、ブルジョア的「自由」の内容を潜入させる」ことによって、「封建貴族の特権のカタログ」を「近代基本的人権のカタログ」に転化させた「マグナ・カルタ神話の創造者」という名とともに、それによって「イギリス人の「自由」を中心とした近代的基本的人権の体系の最初の提示者」であるという評価を与えられてきた。<sup>(1)</sup>

この「マグナ・カルタ再解釈」の典型的な例として度々紹介されてきたのが、有名なマグナ・カルタ 第29章註解における《リバティ》の定義である。そこでは、彼は《リベルターテス (libertates, liberties)》には「三つの意味がある」とする。第一は、「國法 (the Laws of Realm)」の意味であり、それ故に、マグナ・カルタは《リベルターテスの特権証書 (Charta libertatum)》と称される。第二がイングランドの臣民が有している「諸自由 (the freedoms)」であり、第三が国王からの賜り物である「諸特権 (the franchises and priviledges)」なのである。<sup>(2)</sup>

第一の定義もイングランドの「自由な國制」を表すものとして「國制」論上重要であることはいうまでもない。しかし、近代的権利観念としての《リバティ》概念の定義として最も重要なのが「臣民の自由」を表す第二の定義であろう。第一の定義における客観的法としての「國法」が主観的諸特権＝権利の体系として、実体法的に把握しなおされ、また、第三の定義において、特権と権利の峻別が明確にされ、《リバティ》概念が具体的「諸特権」の束から抽象的「権利」へと転換されていく過程を跡付けることができるようになるのは、何れもこの第二の定義との関連においてなの

(3)  
である。

それ故に、クックは、この第二の定義には、特別に具体的先例を挙げて説明を加えた。「例えば、イングランドの仕立商組合は特権証書 (Charter) によって条例を制定する権限をもっており、同協会の全ての同僚は其の半分の服地を同組合から自立した職布工によって仕立てられるようにすべきであるとし、違反の場合には10シリングの罰金を科す等の条例を制定したが、当該条例は臣民の自由 (the Liberty of the Subject) に反するがゆえに、法に反する (against Law) と判示された。なぜなら、すべての臣民は彼の欲する人によって服地を仕立ててもらい自由を持っているからである。そして同類事件でも同じである (sic de similibus)。かくの如くして、このような、もしくは同様な特許の授与が陛下の開封勅許状 (his Letters Patent) によってなされた場合も同様である」。彼自身が弁護士を勤めたデイヴナント対ハディス事件 (Davenant v Hurdis KB 1599) である。さらに、第三の意味として「国王の贈与」乃至「時効取得」による「諸特権」について論じた後に、再び丁寧に、開封勅許状による独占特許の有効性が争われた事件が先例として付け加えられる。

「それゆえ、同様に、同じ理由で、何人に対してであれ、トランプの独占的製造権や他のいかなる営業であれ独占的取引権の授与が為されたならば、そのような {独占権の} 授与は以前に当該営業を営んでいた、もしくは、合法的に従事していた臣民の権利と自由 (the liberty and freedom of the Subject) に反するものであり、従ってこの大憲章に反する。

一般にすべての独占はこの大憲章に反する。なぜならば、それらは臣民の権利と自由に反し、そして國法 (the Law of the Land) に反するからである」。

この事件への言及において、最終的に前段で具体的な諸法、諸特権、諸自由の束 (Laws, liberties, freedoms) として複数形で論じられていた概

念が法，権利，自由（Law, liberty, freedom）という数えられない抽象的な概念として語られるようになっていくのである。そして，この決定打として引用された事件こそが本稿で再検討の対象とする，ダーシ対アリン事件（1602），いわゆる『独占事件』<sup>(4)</sup>なのである。

この両事件とも，クックが法務長官時代に関った比較的初期の時代の事件であり，コモン・ロー法学における自由権概念の成立を理解する上できわめて重要な事件であったことはいうまでもない。しかも，両事件とも，独占が問題とされた事件であり，その意味でコモン・ローにおける自由権概念それ自体の独占問題との関りの深さを予測させるものであった。しかも，この『独占事件』は通常裁判所で大権問題を法律問題として公式に議論できるようになった最初の事件であり，まさに文字通りのテスト・ケースであった。「臣民の自由」論が国王大権批判とともに独占問題と関連する議論の中から産み出されてきた理由の一端はここにあったのである。

## 2. 営業の自由論争

コモン・ロー法学史上における『独占事件』の位置を上述のように理解するならば，堀部政男氏が『講座 基本的人権 2 歴史 I』（1968年）でクックの『法学提要』におけるリベルターテスの定義に注目され，「営業の自由の成立過程」という副題の下に反独占論運動に焦点を当ててイギリス革命期における人権の成立過程を論じられたのも当然のことであった。

氏はコモン・ローにおける自由権の成立過程と営業の自由乃至独占問題との密接な関係について，「独占以外の問題に関して，「臣民の自由」の主張がどのようになされているかについて研究していない現段階においては，「臣民の自由」という主張が「初期独占」を廃棄するための闘争の中から生まれてきたとまでは断定できない」として慎重な留保をされながらも「営業の自由」は『「臣民の自由」』とほとんど同義語として使われ・・・国  
234(234) 法と政治 69巻1号（2018年6月）

王大権に基礎づけられた独占との対抗関係のなかにおいて、イギリス革命期に成立した」と理解され、そこに「営業の自由」概念の人権性を見いだされていたのであった。<sup>(5)</sup>

しかし、引き続いて生じた「営業の自由」論争にもかかわらず、「営業の自由」＝人権派から『独占事件』それ自体について研究が深められることはなかった。その後も、議会独占論争についての研究はあるが、独占事件それ自体については、上記『講座』の堀部論文が現在に於いても依拠すべき数少ない研究となっているのではある。しかし、堀部氏自身も述べられたように『独占事件』は、その重要性にもかかわらず十全たる検討が行われていたわけではなく、その分析は今後の課題とされたものであった。<sup>(6)</sup>

このような空白には、我が国における研究者層の薄さが一因となっていることはいうまでもないが、『講座 基本的人権』が、いわゆる「営業の自由」論争の起点ともなった講座でもあったことを考えると不思議としかいいようがない。<sup>(7)</sup>

「営業の自由」論争の中間総括として企画された『講座 資本主義法の形成と展開』の戒能論文でも、冒頭の『法学提要 第2部』のリバルターテスの定義が引用されたが、「マグナ・カルタ神話の創造」という別の視覚から取り上げられた、『営業の自由』の展開過程にそくして人権体系の歴史の変遷を論ずることから離れ、問題をきわめて一般的レヴェルで考察」されたために、『独占事件』そのものについてはふれられることはなかった。<sup>(8)</sup>

この二つの講座を貫く「営業の自由」論争それ自体についても、その10年後においても「必ずしもはっきりした形で整理され終了したものとはいえない」(丹宗論文, 1982) 状態のまま放置されることになった。<sup>(9)</sup>

そして、さらに10年後、企業の「公共性」という視角からの分析：企業の法学的研究がはじめられているが、課題は、①現代日本の企業をめぐ

る問題性と②「企業の公共性論」に絞られ、しかも、理論的な問題として「営業の自由」論とも関わる後者は今後の課題とされたこともあって、かつて、学会を総動員して取り組まれた「営業の自由」論争についてはほとんど触れられることはなかった。<sup>(10)</sup>

「営業の自由」論争は、さまざまな貴重な副産物を産み出したものの、論争それ自体は未決着のままに、率直に言えば不毛なままに終わった。むしろ、実定法学者達にとっては、この講座『資本主義法の形成と展開』（1972-）は実定法学者達の歴史研究からの撤退を告げる際の最後の光芒を放つことになってしまい、それ以降は歴史研究と実定法学との間の緊張関係は完全に断たれてしまったようにさえ思われる。<sup>(11)</sup>

何故にこのような結果となったのか、筆者なりに理解すれば、論争枠組の設定それ自体に問題が求められよう。法学者の側は論争を法学者と経済学者の間の学問分野の相異を越えた論争としながら、「営業の自由」は「人権」か「公序（Public Policy）」かという、法解釈学者特有の峻別論として論争枠組みを設定した。しかし、本来、岡田氏が問題としたのは「基本的人権の保障には、公共の福祉に反しない限り、という制約がついているのか」（宮沢『憲法』Ⅱ）という「公共の福祉」についての、法律学者の議論の仕方、こうした「解釈や論争の形式そのもの」であった。なぜなら、こうした議論の仕方は「基本的人権の保障こそが、本来、公共の福祉の基礎条件であり、真の公共の福祉のためには、基本的人権の制約ではなく、その保障こそが不可欠であるという自由主義の積極的観点を欠落ないし忘却せしめる傾向がある」からであった。しかし、「営業の自由」論争は、上記の如く、まさに批判された如く「人権」か「公序」かという枠組でまさに「論争」的に取り上げられたのである。岡田氏の側では、後にこの論争を総括して、「日本社会科学の思想」に対する「歴史学的批判」として位置付けられた。<sup>(12)</sup> 法学者の側が岡田氏の批判に答えて論争を総括する

には、現行法上の概念枠組で二分法的に歴史を裁断することからではなく、もう一度、歴史的な脈に則して「営業の自由」の問題を把握しなおすことから始める以外にはないであろう。その意味では、「臣民の自由」論の最初の契機となった『独占事件』の再検討が不可欠の課題なのである。<sup>(13)</sup>

### 3. クックと経済的自由主義

冒頭の『法学提要』のマグナ・カルタ注解に則して理解してみると、クックを「臣民の自由」の闘士と位置付け、さらに進んで、経済的自由主義者に見立てる議論が展開されていったのも、あながち間違いではないように考えられるかもしれない。我が国でも、従来クックは常に「臣民の自由」論者として理解され、したがってクックはまさに人権としての「営業の自由」の主張者と理解されがちであった。

しかし、若干、結論を先取りするような形にもなるが、『独占事件』を検討すれば直ちに明らかになるように、当該事件ではクックは法務次官として「公共善」の立場から当該独占特許擁護の論陣をはったのであり、ここでも「臣民の自由」と「公共善」の問題は大きな争点であったのである。<sup>(14)</sup>『イングランド法学提要』時代のクックの印象の強さの故に、こうしたクックの法思想の一側面が忘れ去られがちになり、問題が単純化されて理解されてきたように思われるのである。

なるほど、クックの『イングランド法学提要』が権威的典籍とみなされるようになることによって、近代コモン・ロー法学の基礎を提供したのではあるが、独占問題に関して多様な議論を展開したクック、エルズミア、フラー、ドッドリッジ、フレミング、バーコン彼らはすべてコモン・ロー法曹であり、クックの法思想＝コモン・ロー法思想の代表というようには単純化できないことはいままでもない。このように、コモン・ロー法思想と等置されがちなクックの法思想の独自の展開を理解する上でも『独占事

件』の持つ意味は重要なのである。<sup>(15)</sup>もちろん、クックを自由主義乃至経済的自由主義の先駆者として理解する見方は、我が国に限られたことではない。実は、「営業の自由」論争が提起された丁度この時期70年代に、もう一つの論争「クックと経済的自由主義」が戦わされていたのである。

クックを経済的自由主義者として積極的に位置付けた最初の論文が、ワグナの「クックと経済的自由主義の興隆」（1935年）であった。彼以前にもトーニーが「憲法的統治のコモン・ローの存続への依存は常識である。経済的個人主義にとっての、この（コモン・ローの）存続の重要性は従来強調されてはこなかったが、それに劣らず重要である」としてコモン・ローの存続と経済的個人主義の関係を強調していたのであるが、ワグナはそれを一歩進める形で修正し、「経済的自由主義の興隆は単にコモン・ローの存続に依拠しただけでなく、（クックにおいて明らかとなったことから判断して）裁判所におけるコモン・ロー解釈の特定のあり方によるのである」「より正確で不偏な解釈（ともかくも過去の法と一致する解釈）がなされておれば、それは個人主義の勝利を防げえなかったとしても、遅らせることは出来たであろう」として経済的自由主義の興隆をクックの偏向的解釈による意図的な結果と理解したのである。<sup>(16)</sup>

このような見解は、同時代の人々によってもクックの判例集の偏向が問題とされ、絶対王政政府によって調査が命じられたという歴史的事実とも合致するように思われるかもしれない。<sup>(17)</sup>いずれにせよ、ワグナ論文はクックの経済事件に関する判例の最初の本格的な研究として、その後欠かす事の出来ない研究となるとともに「クック＝マグナ・カルタ神話の創始者」とする説を補強していったように思われる。『イギリス革命の思想的先駆者』において「神話の創始者」の副題の下にクック論を展開したヒルは「クックは経済的自由主義の側に傾いていたことを示す一世代前のワグナ氏の先駆的論文」に依拠し、クックは「独占事件の如く、過去に法準則のない場  
238(238) 法と政治 69巻1号 (2018年6月)



合には、確かな典拠を何等提供することなく法準則を作り出し、独占はマグナ・カルタ第二九及び三〇条に違反すると宣告するのである」「彼の好まない法準則に直面したときには、完全に先例を無視して、別の意見でそれらをひっくり返すのである」と論じた後、以下のごとき挑発的まとめを行った。「彼（クック）は、自由放任主義者の如く（in laissez-faire style）、不熟練労働を消滅させるのには市場の働きに任せれば十分だと主張した」のである。<sup>(18)</sup>

問題が「経済的個人主義」から「経済的自由主義」さらには「自由放任主義」へと拡張されていき、コモン・ローの存続と経済的個人主義との親和性が、さらにすすんで、経済的自由主義の積極的推進者としてのクック像を浮かび上がらせることになったのである。

さすがに、問題がここまで拡大されると反論を呼ばないわけにはいかなかった。マラマンが論争の口火を切ったのは、まさに、このようなクックへの評価に対してであった。なるほど、クックは独占への反対論を展開したし、このようなクックの主張を重商主義と古典経済学派とのリンクを与えるものとして理解する見解は従来から存在したが、ワグナ=ヒル説はそれを超えてクックをレッセ・フェールの初期の唱道者とする誤ったドグマを作り出すものと考えられたからである。クックの独占反対論の起点にあるのは失業、雇用問題への関心であり、貿易における重商主義的観念とともにテューダ期産業規制立法と調和的なものであり、独占事件をはじめとするクックの独占特許への非難もこうした視点から理解されるべきであるからである。<sup>(19)</sup>

仲買人買占等の私的な独占（集積）は従来コモン・ロー上無効とされてきたし、ギルド規制へのコモン・ローの反感も旧来のものであってクックに特異なものではない。独占事件で唯一の先例として掲げられた *Davenport v. Hurdis* で、第一に重要なことは、カンパニ側法律顧問フラン

シス・モーアは「黄金演説」の基礎となった1597年議会で反独占の論陣を張った人物であり、当該事件でも「独占となる場合には無効」であると論じており、裁判長ポバムも含め反独占では全員が一致していたことである。それ故に、反独占という点にクックの特異性があるわけではないのである。さらに、当該事件の争点は仕立商組合の条例による営業制限の有効性を争うものであったが、クックはこうした営業制限が公共善のためであるとして有効とされた事例として、船籍、帆の製造独占、干拓技術者の独占、ロンドン売却の布地検査、聖アルバンズ市の清掃税、橋梁、市壁等の公共事業のような場合を列挙しながら、当該条例に関しては、熟練職人の完全雇用という公共善に反するが故に無効であると論じているのであって、営業制限一般を無効と論じたわけではない。しかも、クックが用いた手法、即ち公共の利益を地方慣習を実行する自治体の条例制定権の確認のための合理性基準（法と理性に反しない限り）とするのは、テューダ朝の政策であり、クックのみが革新的であったわけではないのである。

他方「独占事件」は、国王大権に基づく独占特許がコモン・ロー上訴追可能となった1601年の黄金演説以降の最初の事例であり、それ以前の苦情は枢密院、星室院で処理されてきたのであって、厳密な意味では先例を欠く問題であった。また、前述の如く、この独占事件 *Darcy v. Allen* (1602 KB) では、クックは当時法務次官として国王特許を弁護すべき立場にあり、判決もクック自身のものではない。既に、*Davenant v. Hurdis* 事件の判決が存在しており、また、『聖書』や『フォーテスキュー』35章、36章への言及も適切であり、Hen. IV 期の判例の引用も決して先例をねじ曲げたものでもない。ポバム裁判長の意見とされた議論、即ち、一般的に全ての営業は、雇用を与え、怠惰を防ぐ故に、コモン・ウェルスにとって価値あるものであり、このような営業の排他的特権の授与は臣民の自由と利益に反し、排除された営業主のみならず、公衆一般を害するとする見解、及

240(240) 法と政治 69巻1号 (2018年6月)

び付随的問題として挙げられた①価格の高騰②品質の悪化③排除された営業主の貧困への言及は、むしろコモン・ウェルスの観点から主張されたものであり、また、制定法解釈上の問題においても、職人規制法、労働者規制法の就労強制を完全雇用の実施を要請するものと解釈し、これらを上記コモン・ローを宣言するものであり、失業を生み出す独占は「臣民の自由」に反しコモン・ロー上無効であると理解するのも不当とはいえないのである。

いずれにせよ、クックの「営業の自由」概念は中世的「公開市場」概念、すなわち、公開性＝秘密性の排除による公正な価格決定、品質、量目の正直な取引という道徳性にあるのであって、国家からの干渉を排除した競争的市场による価格決定を意味するものではない。ギルドの営業規制への反対も自由放任的経済理解に基づくものではなく、「公共善」という道徳的概念に基づく国家の積極的役割を求めるものであった。しかも、クックの反独占論＝「営業の自由」の主張は、国王によって与えられる恣意的特権からの「営業の自由」を主張したのであり、議会による規制の拒否を意味するものではないのであり、マグナ・カルタからの引用を始めとして、クックの引用をこのような国王大権の恣意的行使への制限という視点からみれば、決して先例を歪めたものとは考えられない。その意味では、「営業の自由」の議論は当初は憲制上の空白地帯を埋めるために使用され、後に、国王大権への議会の干渉を正当化するために使われたと考えられるのである。<sup>(20)</sup>

ここでは関連する独占事件についての論点のみを挙げたが、マラムンの批判はワグナが挙げた経済事件の判決全般にわたる徹底的なものであり、この問題を論じる上で避けて通る事の出来ない重要な寄与となった。しかし、『契約自由の盛衰』の大著において法学者アティヤは、改めてクックを経済的自由主義者として評価したように、論争に決着がついたわけでは

なかつた。<sup>(21)</sup>なぜなら、マラマン論文ではクックの見解が「偏向ではない」ということを強調するあまり、クックの議論の独自性が見失われてしまう結果となったからである。マラマンの議論では何故にクックが中世コモン・ローを近代コモン・ロー法学へ架橋し得たのか、その果たした役割が見えてこないからである。ヒルが挑発的に「レッセ・フェール」という言葉を使用したことの適否はともかくとして、クックの反独占の意図は『イングランド法学提要』においても明白であり、その思想的基盤が如何なるものであったかはともかくとして、客観的にみれば経済的自由主義の発展に寄与したことは明らかであるように思われるからである。

クックの法思想の基盤として「公共善」論を発見したマラマンの重要な寄与ではあったが、問題は、その「公共善」論が、クックの独自性＝偏向説を否定し、逆に中世的道德論者にまで仕立て上げるために使われてしまったことにある。なるほど、「公共善」思想は、自然法思想同様、中世社会が古典古代から受け継いだ概念であり、人定法を支える世俗統治の根本理念であった。しかし、中世自然法思想が近代自然法学に転換していったように、「公共善」論者であったことをもって直ちに、中世的道德論者の列に加えてしまうわけにはいかない。グロティウスが人文主義の子であったように、クックもテューダ期コモン・ウェルス・メンと称される人々と共通の思想的基盤の上に生活していた、問題は、そこからいかにして近代コモン・ロー法学が産み出されていったのかということなのである。<sup>(22)</sup>

クックが経済的自由主義者であったか、中世的道德論者であったかという不毛な議論をすることではなく、クックの法思想における「公共善」論がいかなるものであり、近代コモン・ローへの架橋が為される上でいかなる役割を果たしたのかということがむしろ重要なのであり、『独占事件』は、このようなクックの法思想の形成過程を理解していく上で、さらにはクックの『法学提要』を通して形成されていく、近代コモン・ロー法体系

242(242) 法と政治 69巻1号 (2018年6月)

を理解する上で欠かすことの出来ない重要な位置を占めているのである。

リバティという用語が、特権という中世的意味（クックの第三の定義）からも区別され、また、スキナーの主張するように、政治的概念からも区別された憲制上の法的な意味（クックの第一の定義）を獲得するのは、ヨーロッパにおいてもまさにこの時代であり、グロティウスの『戦争と平和の法』が、この変化を告げつつあったのは、クックの『イングランド法学提要 第1巻』出版の僅か3年前であった。その意味でも、クックは、自由権という権利概念の形成史において、大陸でグロティウスが果たしたと同様の役割を担うこととなったのである。

即ち、物に対する支配としてのドミニウムと区別された、行為に対する支配としてのリベルタスという新たな近代的自由権概念を形成することによって、令状中心の訴権体系としてのコモン・ローを権利体系として把握し直す転回点を形成したことが重要な<sup>(23)</sup>のである。

前近代における所有権概念で重要なのは、現実的支配であり、農民にとっては物理的占有が領主にとっては地代徴収権がその根幹をなす。土地は経済的にも、年価値で把握され、交換価値も年価値によって評価されていたのである。これに対し、近代的所有権では処分権概念が中心となる。とりわけ、土地市場の活性化は、土地所有権の内部構成における自由処分権的要素の比重を高める（遺言処分の自由）ののだが、なお、その処分権の自由に対する制約原理（厳格継承財産設定）を棄てきれない。しかし、市場目当てに生産される動産としての商品所有権においては、当初より自由処分権が財産所有権概念の中核とならざるをえないのである。その意味では、動産的財の社会的重要性の増大に伴う法的保護の要請が、新たな自由処分権概念を中核として構成される所有権概念を必要としたといえよう。

物の占有、利用という物的支配権としてのドミニウム概念は、交換に伴うものであったとしても、物的支配権の放棄を意味する処分権概念との予

盾を内包することになる。従って、財産の処分行為に焦点を当てた自由権概念を中心に所有権概念そのものを組み替える必要が生じてくる。物的支配を示す Dominum に代わって suum, meum et tuum という所有権概念が自由権的所有権概念 proprietas への媒介項となるのであるが、グロティウスの使用した既得権概念的な Suum に対して、クックは、むしろ、近代的所有権の排他性を示す Meum et Tuum という用語で語っていることが重要である。<sup>(24)</sup>

## 第1章 独占事件の歴史的位置

### 1. 独占特許をめぐる問題群

#### a. 独占と開封勅許状

俗にパテントと称されることになる、この期の独占特許賦与のための文書形式、開封勅許状は、とりわけ、その職務権限を公に明らかにする必要のある官職への任命等のために発給された文書形式であり、証人を必要とする特権証書 (Charter) より、より簡便な特権賦与文書形式として古くから利用されていた。<sup>(25)</sup>しかし、こうした開封勅許状が特定産業の独占特権賦与のために利用されるようになったのは、テューダ初期の国内産業保護政策に由来するものであり、とりわけ、新たに発明された、もしくは新規に導入された産業の育成のためにこの簡便な特権付与の形式が一般的に利用されるようになったのである。<sup>(26)</sup>

#### b. 独占と国民産業保護政策

このようにしてパテントの歴史として始まるこの期の独占は、もちろん前期的独占乃至初期独占として、近代の私的独占と区別されるのもいうまでもないが、同時に、絶対王政の全国的産業政策との関連で産み出された全国的独占として、古くからある市場開設権のような領主特権、自治都市の特権証書 (charter) に基づく様々な特権、ギルドの諸特権、パン焼竈、  
244(244) 法と政治 69巻1号 (2018年6月)

水車小屋等の中世的な局地的な独占権と異なり、形成されつつある全国的国民市場を対象とするという新たな側面をもっていた。しかも、国内産業の保護育成の問題は、単に発明特許や新規導入産業に限らなかった。毛織物産業をはじめとする輸出入規制による国内産業保護はイングランドの伝統的国策の一つであり、制定法上の輸出入、営業規制とからんで、輸出入許可制度、営業許可制度を産み出していた。他方、酒舗の営業、賭博等の風俗営業規制の全国的に展開もパテントと結び付いた初期独占の重要な要素を構成することになったのである。<sup>(27)</sup>

### c. 独占と租税政策、救貧政策

こうした開封勅許状による独占付与＝パテント問題が政治問題化していったのは、新規産業以外にもパテントによる独占権が付与されるようになるとともに、間接税体系を欠いたイングランド絶対王政財政の狭さを補うために、産業保護政策を越え租税政策と一体化して収益独占化していったことにある。独占事件で問題となったランプ独占も、上記輸出入規制、風俗営業規制と絡んだ複合的な独占であるとともに、年間100マルクで貸し出された典型的な収益独占であった。こうした寵臣に与えられる収益独占が自由貿易論争における独占権の争奪戦を産み出しただけでなく、形成されつつある国民経済への寄生体系を産み出してしまったことにある。とりわけ、これら廷臣に与えられた全国的独占が各地域の既存の産業との間で対立関係に立った場合には、本来の産業保護政策から全く乖離し、既存産業を破壊し、失業問題、都市問題を生ぜしめ、浮浪対策は取締だけではすまない深刻な事態を産み出すことになった。その意味では、独占問題は「経済的自由主義対独占」という形で単純化し得ない全国的独占＝新産業対局地的独占＝既存産業という対立をも含みながら、救貧問題という当時の最大の社会問題と密接に関わっていたのである。従って、独占問題の解決には絶対王政財政政策の合理化を中心とする全面的な政策体系の見直し



無しには解決不可能な問題でもあったのである。

#### d. 独占とコモン・ロー、大権問題

コモン・ローにとって独占という問題それ自体については、決して全く新たな事態と言うわけでもなかった、中世以来、先買・買占は厳しく規制されており、先買・買占がコモン・ロー上及び制定法上の犯罪とされてきた当時の社会にあって、独占一般が法に反することはむしろ常識であった。クックも『イングランド法学提要 第3部』の註解にあるように、法務長官時代に裁判官会議へ出席して先買・買占取締にあたっており、また、後に述べるように、独占事件の直接の先例となった Davenant vs Hurdis 事件 (1598 KB) でも、独占そのものが違法であることについては原告、被告ともに対立はなかったのである。契約自由に基づく私的独占との関連で問題とされる捺印契約に基づく営業制限も、Colgate v. Bachele (1601 KB) 78 ER 1097 では、捺印営業制限契約は自由人の特権に反し、マグナ・カルタ20条に反し、且つコモン・ウェルスに反すると判示されていた。

問題は、議会、コモン・ローと国王大権との関係であった。独占の基礎となった開封勅許状はもちろん、独占付与の根拠とされた風俗営業規制、貿易管制権等は、本来国王大権に属するものと考えられていたし、ランプの輸入、販売独占は賭事に関するものとしてこの双方に關っていた。他方、裏返しとしての輸出入規制違反者に対する法律適用除外の刑事免責特権も国王大権に属するものと考えられていたからである。<sup>(28)</sup>

従って、この営業規制からの刑事免責特権が新たな全国的独占形成の一つの契機となったのである。<sup>(29)</sup>このような刑事免責特権に基礎を置く独占は、酒舗営業許可独占とともに、寵臣収益独占として、嫌われた独占の代表であり、国王大権派のベーコンでさえ「第一に、女王陛下は刑罰諸法に反して、免責特権を付与することができます。これは、真実のところ、私自身の良心にしたがえば、諸独占同様臣民に嫌悪されているものであります」



として、それ以外の第二のコモン・ウェルスに有益な新発見、新技術導入や第三の運送許可制度、第四の希少品独占と分けて厳しく非難したものであった。<sup>(30)</sup>

このように政治問題化してきた全国的独占の形成の基礎に国王大権がある以上、独占問題を解決し、絶対王政財政を合理化していく上で大権問題は避けておれない問題となっていたのである。したがって、独占問題で、まず問題となったのは、独占それ自体の是非ではなく、神聖不可侵な国王大権の行使を制限するような立法が可能か否か、否、それどころか議論することが可能かという問題であった。<sup>(31)</sup>

もちろん、国王といえども「臣民の財産」を自由に奪えるわけではなく、議会の同意無しには課税し得ないことは、フォーテスキューによってイングランド憲制上の原則として公式化されていた。当時の主権論者の代表、フランスのローマ法学者ボダンにおいても恣意的課税も含め人民の同意無しに「財産を奪い得ないことは」当然のことであった。しかし、大権は国王の一身に専属する「国王の財産」であり、ペイト事件でフレミングが論じたように、「国王の権力である大権、国王の財宝である王冠による収入、これらのいずれであれ損なうものは不忠の極み」であった。国王大権によって付与された独占を問題にすることは国王乃至女王侮辱罪に問われかねない極めて危険な問題であり、通常の裁判所では扱うことはできなかったし、議会で議論することさえはばかれる不可侵のものと考えられてきたからである。

イングランド議会は、独占論争とそれに引き続くインポジション論争を通して従順議会といわれたテューダ議会から、絶対王政政府の反対派＝議会派の活躍の場へと転換していくことになる。議会は、この過程を通して、神と法の下にあるとはいえ、地上において抑制するものはなかった国王の大権を抑制する機関へと成長していき、内戦を準備することになるのであ

るが、独占事件は、こうした議会と国王、コモン・ローと国王大権という構図の形成される出発点において、さしあたり『黄金演説』の名の示すように、議会立法による大権行使の制限を回避しつつ、独占を制御する方策として、コモン・ロー裁判所＝司法官僚の手に独占の審査が委ねられた結果として産み出された事件なのであった。<sup>(32)</sup>

かくして、冒頭で述べたごとく、ダーシ対アレン事件はコモン・ロー裁判所で国王大権に基づく独占特許の有効性が審査された最初の事例となることになった。この事件が『独占事件』と称されるのは、なによりもまず国王大権に基づく独占をめぐる法的問題が全面的に検討された最初のテスト・ケースとなったからである。その意味で、独占事件は、イングランド人の相続財産としてのコモン・ロー、「臣民の自由」という概念の形成を通して、権利請願にいたるイングランドにおける自由権概念の形成史の、ひいてはコモン・ロー諸国の権利概念それ自体の形成史の出発点を形成することになるのである。<sup>(33)</sup>

## 2. トランプ独占事件前史

### a. 初期の展開

独占事件以前においても、独占特許をめぐる紛争は頻繁に生じており、これらの紛争はコモン・ロー裁判所で取り扱われる以前には、一つには枢密院や星室裁判所、さらには大法官裁判所等の非コモン・ロー系裁判所、乃至財務府裁判所において、もう一つには議会において扱われてきた。

なぜなら、自らの管理機構を有するギルドの営業特権の維持と異なり、寵臣独占のように当該産業とは無縁な者が紙切れ一枚で独占収益を確保するには大きな困難がつきまとったからであり、違反者を取り締まり独占維持するためには枢密院の輔弼状 (letter of assisitans) や大権裁判所としての星室裁判所に頼らざるを得なかったからである。しかし、とりわけ、既

248(248) 法と政治 69巻1号 (2018年6月)

存の産業や都市の特権に抵触する場合には、強い反対運動が生じ、不人気な独占は請願によって廃止される場合もあった。<sup>(34)</sup>

実は、独占事件の原告ダーシは1594年3月に揉皮 (Leather Buffs) の検査・検印の特許を獲得していたのであるが、この独占特許はロンドン市当局からの無効の請願により撤回されてしまったのであり、独占事件で問題となったトランプの独占輸入・販売特権は、この揉皮特権の撤回の代償として与えられたものであったのである。独占事件で被告側の弁護人となったフラーも少なくとも90年代以降星室裁判所で活躍しており、印刷独占等の事件にも関っており、ダーシの揉皮独占特許事件でもロンドン市側弁護士として独占特許無効に追いやった張本人であり、独占特許をめぐる大権裁判所での従来の議論について十分通じていたに違いない。<sup>(35)</sup>

#### b. トランプ独占の開始と諸問題

ダーシに付与されたトランプ独占は当初1576年7月にラルフ・ボウズ (Ralph Bowes) とトマス・ベディンフィールド (Thomas Bedingfield) の両名に与えられたものであり、ボウズは3年前から「熊や雄牛、闘犬の競技」のための遊技長官に任命されており。その意味では賭博規制として風俗規制的側面を持つ収益独占であった。上記パテントは1578年に再発行され、1588年に再発行されたときにはボウズのみを対象とした。原告第一訴答によれば、「トランプの怠惰な賭事に耽っているコモン・ウェルスの卑しい営業、職業に付いている人々」に対し「女王はこの異常さを制限し救済するために、Ralph Bowes のために彼と彼の代理業者もしくは代理人にトランプを供給するための権限を与え、他の全ての人々にトランプ・カードを国内に輸入することを禁ずる開封勅許状を作成した」のである。このパテントは国内産業保護立法である1435年のトランプ輸入禁止法からの刑事免責特権を含んでおり。さらに、更新に際し検印権を与えるとともに、特権の賃借料として年間100マルクの賃借料の支払いにより、大蔵

卿，財務府裁判官等の援助が約束されたように，絶対王政の財政政策とも関連していた。

しかし，このトランプ独占も既存国内産業としてのトランプ製造と鋭い対立を示すことになる。デービスの研究によって明らかにされたトランプ独占に関する初期の紛争事例によれば，ボウズの時代から激しい抵抗が各地で始まっている。1578年にはエクゼタ，ケムブリッジ，ロンドンの各市でボウズの代理人に対する暴行，投獄事件が生じ，枢密院の命令が矢継ぎ早に出され，星室裁判所や大法官裁判所で争われることとなった。星室裁判所の訴訟中，最も初期の訴訟はエリザベス治世22年（1579-80）の事件であり，1581年，1585-6年にも訴訟が行なわれている。大法官裁判所では，1594年及び1596年の2件の事件が記録されている。他方，特権賃借料支払との関係で王室財政を支えるものとして，当初より大蔵卿，財務府裁判官の協力が予定されていたが，財務府裁判所でも3件の事件が記録されている。さらには，違反の多さに対処するために，1589年には枢密院内に特命裁判所を構成することとなった。違反者には枢密院令で直ちに投獄することもできたのである。それ故に，記録に残らなかった事例も含め，これらすべてを勘案すれば，毎年の如く事件は持ち上がっていたこと<sup>(36)</sup>になる。

これらの事件では，特許権の侵害，女王の授与乃至大権侮辱，特許権保有者代理人への暴行，投獄が告訴理由としてあげられ，他方，被告側は特許の内容の不知，大権侮辱の意図の無いこと，3ポンドの支払で検印許可を受けている，貧しい人々にトランプ作りの職を与え，怠惰になるのを防いだ，国法に従った行為であること等を抗弁として主張したとされるが，特許状無効の主張もでてくるようになる。枢密院は，既存の産業の存在の主張，さらには当時の失業・救貧問題が深刻化を前に，貧しい人々を雇うカード製造に対しては和解を勧めることが多かったとされているが，他方

250(250) 法と政治 69巻1号 (2018年6月)

では、1589年の措置のように、ボウズのパテントの支持を決定し、枢密院メンバーを3名を指名して違反者を投獄の上、カード製造機の没収を行うように命じる強行措置にでることもあったのである。

この刑事免責特権条項を含むパテントは21年間の期限付きであったが、ボウズは期限切れの1598年以前に死亡していた。この期限切れ特許は1600年6月13日、前述の如く、皮製品検査特権廃止の代償としてダーシに12年の期限のトランプ製造・輸入特許として付与されることによって復活することになった。ダーシはこの不人気なトランプ独占権益を守るために1600年には、枢密院から特別委員会の派遣を受けている。しかし、反対運動が収まったわけではない。トランプ独占問題が、コモン・ロー裁判所に持ち込まれたのもダーシ対アリン事件が始めてではなかった。1601年にはアリンの同業者ターナがトランプの押収に対してダーシの代理人を侵害訴訟で民訴裁判所に訴えを起こしていた。しかし、「女王陛下の特権付与侮辱罪 (Contempt of Her Majesty's grant)」を根拠に枢密院側が特別裁判管轄権を主張し、コモン・ロー裁判所での手続は停止させられ(1601.5)、ターナはアリンとともにマーシャル監獄に投獄されてしまったのである。

しかし、この数ヶ月後に議会で独占論争が燃え上がることになり、この1601年の議会論争においてトランプ独占は名指しで非難されるとともにテューダ絶対王政期独占論争の焦点となっていくのである。議会論争については、既に度々紹介されているが、独占事件の解決枠組のガイドラインを形成するものとして簡単に再確認しておこう。<sup>(37)</sup>

### 3. 議会独占論争から黄金演説へ

#### a. 1601年議会論争 (1601.10.27-11.30)

議会が独占を問題として議論したのも、この1601年議会がはじめてではない。トランプ独占の前史に見られるように独占は16世紀末には既に

深刻な社会問題となっていた。

最初に庶民院で独占に対する不満が議論されたのは1571年の議会であったが、議会は「いかなる国事にも干渉すべきはなく、議論は彼らに提案された問題に限られるべきである」として議論すること自体が退けられてきた。1593年議会でも同様であった。議員の役割は「すべての人に彼らの聞いたこと、想いついたことを話す」ことにはなく、国王の提案に「イエス・ノー」で答えることにあったのである。テューダ絶対王政期の議会は従順議会と称されるように、国王の必要に応じて招集される課税協賛機関でしかなかったのである。議員選挙問題、議会における言論の自由が独占問題と同時期に議論されるようになったのは正にその故であった。<sup>(38)</sup>

議会における独占論争の転機は、1597-8年の議会における「特許状と独占によって生じる種々の害悪に関する法案」の提出であった。この提案は調査委員会に付託され、調査委員会では、40種の独占への非難が、法案としてではなく、請願として起草され、女王に提出された。請願派と法案派の対立の始まりである。<sup>(39)</sup> 議会の閉会に際して、この請願に対するエリザベスの回答が報告された。「独占に関しては、陛下の忠実で親愛なる臣民が女王陛下の花園の最良の華、陛下の王冠の頭で主たる位置を占める真珠である大権を取り除くことなく、女王陛下の御意向に委ねるように希望されたのである。そして、陛下は既に審理手続をすすめられており、今後とも継続され、すべてが検討され審理と法の真の基準が守られるであろう」として、既存の独占特許を調査すること、コモン・ロー裁判所に訴えることを認めるとともに是正されなければ、次議会で自由に議論するを妨げずとしたのである。<sup>(40)</sup>

しかし、1601年議会までに15-6の独占特許が撤回されたが、他方で、ロスの主張にあるように前議会以降30種以上の独占が新たに付与されるという深刻な事態となっていた。かくして請願方式の不毛性が明らかとな

252(252) 法と政治 69巻1号 (2018年6月)

り、ローレンス・ハイドが新たに提出した反独占特許法案＝「一定の開封勅許状事件におけるコモン・ロー解釈の法案」をめぐり、前議会における女王の同意を梃子に、請願派＝大権派と法案派との間で独占問題に関する白熱した議論が展開されることになったのである。<sup>(41)</sup>

絶対王政政府側も事態の深刻さを明瞭に認識していた。エセックス反逆罪事件に象徴されるように、事件は寵臣派對官僚派の対立抗争の中で生じていた。寵臣派のリーダー、エセックス伯は無謀なクーデタ未遂事件で反逆罪に問われ刑場の露と消える運命にあった。絶対王政政府のイニシアティブは父バーリー卿ウィリアム・セシルの後を受け継いだ官僚派のリーダー秘書長官ロバート・セシルの手に移っており、1601年のエリザベス最後の議会と1604年から1611年のジェームズ I 世第 1 回議会の庶民院議院の多くはセシルの指名によって選ばれた議員で構成されており、まさにセシルの議会といってもよかったのである。<sup>(42)</sup>

セシルは、丁度前年1600年9月のエセックス伯の甘味ワイン輸入関税請負徴収権更新の拒絶が彼の反乱の引き金となったこと、この甘味ワインの輸入独占が寵臣への賦与がどれほど膨大な利潤をもたらし、いかに危険な社会的結果をもたらすかを充分認識していたであろう。<sup>(43)</sup>

法務次官フレミングは「女王陛下は、御賢察の上で、法務長官（＝クック）と私自身に、これらの勅許状に対して迅速且つ特別な手続きが取られるようにと命じられた。この手続きは、先のヒラリ開廷期に始められたのですが、皆さん御存じの緊急事態が発生し、重大事の上記業務が妨げられたのです。それ以降、時間が無くてその問題については何も為し得ていません」と答えざるをえなかったように、1601年議会は、エッセックス反乱事件裁判（2.19）の余燼も醒めぬ間に開かれただけでなく、直接に独占問題自身の処理にも陰をなげかけることになったのである。独占問題にかかわって、常に言及されることになるエドワード三世期にロンドン

商人ペッチ (John Pecche) に与えられた甘味ワイン輸入独占問題＝ペッチ事件は、上記反独占特許法案の提案者ローレンス・ハイドによって議会法による独占の抑制の先例として言及されたものであり、セシル自身も「ある紳士が、エドワードⅢ世治世50年の古記録にある法の執行についての知識を我々にもたらした」とその重要性を確認していた<sup>(44)</sup>。当時、法務長官として、彼の擁護者であるセシルの政敵であり、また彼自身のライヴァル、ベイコンの庇護者であるエセックス伯を、そして後にはローリ自身を反逆罪で告発し、取り調べに辣腕を振るったクックが独占事件の報告の最後にペッチ事件を付け加えることを忘れなかったのはいうまでもない<sup>(45)</sup>。

#### b. セシルの方針転換と租税史上の意義

上述の如き、政治的対立を背景としながらも、ティアックが主張するように「1601年議会の経験で、政体の害悪の全てが独占危機によって象徴されるようになるにしたがって、王室財政の新たな基盤の必要性を深く彼 {＝セシル} に確信させた」ことが大事であった。独占の害悪は誰の目にも明らかであった。この独占問題の根本的な問題が絶対王政政府の財政の脆弱性と不健全性にあるとするならば、王室財政の合理的基盤を新たに確保する必要があった。1604年の次議会以降の展開される、インポジション論争、大契約論争は、すべて、絶対王政財政の合理化案であった。次議会の「1604年の議会会期の始まりは、それ故に、国王のイニシアティブの喪失ではなく、戦術 (tactics) の変更を特徴づけるものであった。ロスの提案はセシルのそして、少なくとも枢密院に於ける彼の同僚の幾人かの心を反映するものであったのである。さらにすすんで言えば、ある種の後に「大契約」の名で知られることになるものが既に1604年の政府メンバーによって検討されていたということになる。」<sup>(46)</sup>のである。

セシルにとって当面の課題は①独占に頼ることなく絶対王政の財政基盤を安定させること。②国王大権を侵犯することなく独占を規制することの  
254(254) 法と政治 69巻1号 (2018年6月)



二点であった。

第1の課題は1610年代までのイングランド絶対王政の政策動向全般を理解する上で極めて重用であり、独占事件そのものもそうした全般的政策動向の中で分析評価されるべきであろう。

近代的俸給制官僚システムが形成されていない時期に、他方で土地の下封や年金化された地代を媒介とする主従関係の拡大がもはや望めなくなる時代に、独占特許は関税請負と同じく国王への奉仕の代償としての租税化した収益特権となっていた<sup>(47)</sup>。それゆえ間接税制度を導入し得なかったイングランド絶対王政にとっては、こうした独占特許の賦与と、その収益独占化は、ある意味では全国的間接税の代用として、後の付加関税、さらには市民革命期の内国消費税へと中世的国王家政原理に基づく大権収入から近代的租税制度へと脱皮していく発展への前段階を形成していた。実際、トランプ独占も100マルクで貸し出されていたのであり、その意味では廷臣への報酬と国庫収入が一体化したものであり、それ故、この独占の無効によって、同時に国王も独占特許貸出料収入を失うことになるのである<sup>(48)</sup>。

このことの問題性は、当時の人々の独占に対する認識の中にも反映されている。1601年議会議論争で主張されたように、独占(=Monopoly)のPolyとは統治乃至公的管理を意味するのであるが、一私人に公的管理を委ねることから問題が生じてくるのである。言い換えるなら、「独占」とは本来公共的なものを私的利益のために独り占めすることなのである。その意味で公的な者の代表としての統治、ギルドによる交易の良き管理は正に公的なものとして問題とならないと考えられていたのである。それ故に、独占事件に引き続いて生じた付加関税に関するペイト事件は、独占特許収入の形で私人に委ねられていた収入を国家的に関税の形態で合理化する意味を持っていた。ペイト事件で問題とされた干し葡萄に対する付加関税は、レバント会社に与えられていた干し葡萄輸入独占特許の撤回とそれに伴う

独占特許賃貸料収入の喪失を補うものとして課されたものであり、ここで示されているのは、エッセクス反乱事件の引き金ともなった、甘味ぶどう酒輸入独占の撤回以来進められてきた、交易独占利潤を私人の管理からの国家直接的管理へと移行させていこうとする政策動向なのである。

その意味で『独占事件』は甘味ワイン問題における関税請負制度への転換さらには、インポジション論争（1603）から「大契約」論争（1610）にいたる、収益独占から、関税政策、内国消費税への転換、封建的付随負担の年金収入＝租税化（「大契約」）による絶対王政の安定した財政基盤創出に向けた動きの起点として、政策的にはセシルの指導下において進行したイングランド絶対王政の財政基盤の官僚制的合理化政策の一環として位置付けられるのであり、この近代租税国家に向けての官僚主義的合理化の道は、同時に議会乃至庶民からの譲与に依存しない租税体系の創出、即ち絶対王政政府の議会からの自立化を意味したのである。

その意味で、独占事件は、バイト事件と付加関税論争で争うこととなる、フラーとフレミングの議論の前哨戦を形成するものでもあった。このとき、セシルが発した言葉は「フラーから目を離すな」であった。しかし、この路線は1610年の「大契約」の失敗によって崩壊し、引き続くセシルの病没によって完全に瓦解する。この「大契約」と称される、国王直属保有地の封建的付随負担の年金収入化という、ある種の封建的土地所有の有償廃棄案による絶対王政財政の合理化、近代化の失敗こそが1640年の革命を必然化させたと考えられるなら、この事件はイングランド革命史の起点でもあったのである。<sup>(49)</sup>

### c. セシルの解決案

もう一つの課題、直面する事態への解決策として、国王大権を侵犯することなく。いいかえるなら法案派の主張するような議会立法による独占規制を避けつつ、如何に当面の問題を解決するか。もはや、前年度議会のよ  
256(256) 法と政治 69巻1号 (2018年6月)

うな請願方式で切り抜けることは困難である。ここに、セシルの腕の見せ所があった。

この第二の課題への回答は、同議会におけるセシル自身のまとめによって直接に知ることが出来る。「この論争は二つの重大な事柄に関連しており、一つが君主権 (Prince's Power) であり、次がイングランド人の自由 (The Freedom of English-men) である。私はイングランド人として生まれたし、本院の同僚議員諸君もそうである。・・・他方で、私は国王のサーバントであり、女王陛下の大権を縮減し、低下させるような議論に組みして発言し、もしくはそのような意見に承諾を与えるより、舌が頭から切り取られる方を望むものである。法以前に、法の制定者がいるからである」。しかし、「このような独占が検査されることは、何等大権を損なうものではない」として、彼は独占を①性質において自由であり有効なもの②本質的に無効なもの③有効な面、無効な面双方を含むもの三種に分類する。「第一のものが君主による刑事法からの免責特権であり、この問題は主権者の修正に委ねられる。すなわち (主権者たる国王に) 充分権能があるものであって、取消えないということである。第二のものは臣民から生得権を奪う授与に関するものであり、私はこのような特許状を欲する人々を非行者、邪で悪意に満ちた犯罪者と見なす。第三はトランプ問題等の特許状のようなものであり、女王陛下が何を与え、何を与えなかったか、また我々の採るべき道筋とその要点等について検討するため、新たな委員会に付すに適したものである」とし、このラインに沿って解決案が纏められる。

1601年11月25日議長が女王のメッセージを伝える。女王陛下は、「自然法上の不正であるもの *Malum in se* を付与することを承諾したことはない」のであり、独占の濫用に対しては「さらなる勅令が将来においてではなく、即座に」出される。「いくつかの独占は即座に廃止され、別の独占は、執行されることなく彼女の臣民の福利のために法に遵い審理に付され

る。「木の根本に女王陛下の正義の大鉈が振るわれたのである」。セシルは補足説明を行う。「もし *Malum in se* であるなら、女王は特権付与に際し誤った情報を知らされていたのである」から有効なパテントではありえないのであるが、全てがそうであるわけではない、それ以外の法律によって審査されるべきパテントの一つとして、「トランプの特許は停止され、コモン・ローによって審理される」ことが名指しで約束されたのであった。<sup>(50)</sup>

かくして、1601年11月28日には反独占勅令が発せられ、①「公共善と公共の利益に資すると言う示唆にもとづいて付与したが」、苦情に基づく調査の結果「虚偽不正の示唆に基づき作成され」「女王の意図に反し」「著しく濫用された」15品目の独占特許を廃止し、②それ以外の特権、特免（トランプ独占も含め）についても、「今後、いかなる時も、上述の特権付与乃至特許状に含まれる条文、条項、文言によって」損害を受けた場合には、「女王陛下の國法によって、通常〔裁判所〕の救済を得ることができる」③枢密院は、今後これらの特許状の執行を助ける輔弼状を発行してはならないが、上記訴訟において、いかなる臣民であれ「至高の王冠（*imperial Crown*）に結び付く国王大権の権限、有効性を、侮辱的に、騷擾的に問題にするならば」「罪過に<sup>(51)</sup>応じて、嚴罰に処する」。

議会論争において、セシルによってトランプ独占がコモン・ローによって審査されるべき独占として名指しにされていること、さらには、「いかなる議会でも、臣民の自由と君主の国王大権という、これ以上に微妙な問題点が扱われたことはなかった」というセシル自身の発言にもあるように、臣民の自由と国王大権という大きな論争枠組みが形成され、セシル自身によって確認されてきたことが重要である。議会立法による大権の制限という事態は避けられた。独占の有効性の審査は通常裁判所に委ねることとなったが、さしあたり、裁判官達がセシル派で占められている限りでは問題は

258(258) 法と政治 69巻1号 (2018年6月)

なかったのである。

『独占事件』はエセックスの反逆罪事件、ローリ反逆罪加担嫌疑事件の厳しい追及で悪名を馳せた法務長官クックと、彼らに死刑判決を与えたポラム王座裁判所長官の主導の下に展開されたことを忘れてはならない。その意味では、バーリ卿とレスタ伯以来の官僚派と寵臣派との対立が事件の政治的背景としてあったことは疑いえない。

ベッチ事件の引用に象徴されるように、独占攻撃の主要な矛先がワイン独占に向けられていたことは確かである。<sup>(52)</sup>この時期ワイン販売独占権を持っていたのは、かのウォルタ・ローリであり、議会の独占委員会でもダーシのトランプ独占に並んで彼のワイン独占が問題とされている。<sup>(53)</sup>議会におけるベッチ事件の指摘は、当時の人々、とりわけワイン独占権を持つローリにエセックスのクーデタ未遂事件とその結末を連想させるに十分であったにちがいない。

しかも、エセックス反乱の失敗後、近衛長官として寵臣派の新たなリーダーと目されるようになったローリと女王陛下の身辺警護武官であるダーシとの深いつながりは、当時の人々にとっては常識であった。1601年議会で「トランプ独占」が名指しで非難されたときに人々はローリが「赤面」<sup>(54)</sup>するのを見逃さなかったし、逆に、1603年にローリが反逆罪で逮捕されたときには、巷ではローリ事件の陪審からのダーシの排除の噂が広まったのである。<sup>(55)</sup>

揉皮独占以来ロンドン市と対立しており、「それほど害悪があるというわけではないが、非常に嫌われている」トランプ独占の保有者である寵臣派のダーシは、ある意味では独占に対する苦情へのスケープ・ゴートとするには最適の人物であったに違いない。

しかし、こうした政治的背景があるとはいえ、コモン・ロー裁判所で大権問題が審理できるようになったことは大きな成果であった。前述のよう

に、トランプ独占問題が、コモン・ロー裁判所に持ち込まれたのもダーシ対アリン事件が始めてではなかった。アリンの同業者ターナがトランプの押収に対してダーシの代理人を侵害訴訟で民訴裁判所に訴えを起こしていた。しかし、「Contempt of Her Majesty's grant」を根拠に枢密院側から特別裁判管轄権を主張し、コモン・ロー裁判所での手続を停止させられてしまっていた<sup>(56)</sup>（1601.5）からである。

その意味で、エリザベスの寵臣ダーシに与えられたトランプに関する収益独占特許の有効性を問題とするダーシ対アレン事件（1602）は、コモン・ローによる大権行使の審査を行うはじめてのケースであり、厳密な意味では、コモン・ロー上の先例が存在しない事例であり、この問題に関する、コモン・ロー上の原則が確認されねばならない事件として独占事件と称されるにふさわしいものであった。クックが法務長官として、独占特許を擁護する立場で議論しているのも、これが単なる個別的な訴訟事件ではなく、今後のコモン・ローと国王大権との関係一般を規律することになる重要なテスト・ケースであるからであり、しかも、この事件が、組上へのぼることは黄金演説を産みだした1601年議会における独占論争で既に予定されていたのである。

その意味で、独占事件は国王大権に基づいて発せられたパテントの有効性を審査する最初のテスト・ケースであった。確かに、前述の如く星室裁判所で従来扱われていたとはいえ、コモン・ロー裁判所にとっては全く「先例の無い事件」であった。この憲制史上の新たな問題にいかにかアプローチするかコモン・ロー法学の成果が問われることとなったといえよう。<sup>(57)</sup>

## 第2章 独占事件の問題枠組みと論理

### 1. 三つの判例集

ワグナ=ヒル対マラマン論争では、クックの判例集における経済自由主義260(260) 法と政治 69巻1号（2018年6月）

義的方向への偏向が問題とされていたのであるが、幸いにも、独占事件に関しては、英国判例集に登載、公刊されたものでクックの判例集以外にも、モーアの判例集、ノイの判例集で報告されている。<sup>(58)</sup> しかも、これら三つの判例集はそれぞれ特徴ある報告を残しており事件を再構成する重要な手掛りを残してくれている。モーアのバランスのとれた判例集は訴訟の全過程を進行に合わせて要約したもので、議論の全体像とともに、当時の人々が各論者の議論の特徴を如何に捉えていたかを理解する上で有益である。ノイの判例集は最大の争点になった法務次官フレミングの弁論に対するフラーの反論に焦点を当て詳細に紹介しており、独占問題に関するほとんどあらゆる争点を網羅して議論を展開している。これに対し、通常引用されるクックの判例集はポバム裁判長をはじめ、判決理由として論じられた裁判官の意見に焦点を合せて構成されている。このクックの判例集における同事件の判決の要約の仕方に対しては、クック判例集全体を検討した大法官エルズミアによる批判的評価が残されており、いわゆるクックによる「偏向」とはいかなるものであり、どのような形で行われたのかを評価するために欠かすことが出来ない資料を提供してくれている。

また、同事件判決に引き続いて生じたバイト事件における上記法務次官フレミングの「君主権論」の詳細な展開、とクックの見解は、それに引き続き議会でのインポジション論争で事件の被告側弁護人であったドッドリッジ、フラーによって同事件への要約的言及とともに同事件を再構成し、分析、評価するための素材を補ってくれる。本研究では、さしあたり、これらの公刊された素材をもとに事件を再構成することから検討をはじめること<sup>(59)</sup>にしよう。

## 2. 事件の概要と訴答及び争点の決定

議論の詳細を報告してはいないものの、全体の構造を理解する上でバラ

ンスよく纏められているモアの判例集を基礎に事件の全体の概要と法廷弁論の特徴について検討してみよう。

事件は原告の第一訴答によれば、1602年5月15日に発生、1602年イースタ開廷期に、ダーシがロンドンの小間物商アリンを特殊侵害主張訴訟で王座裁判所へ訴えたことに始まる（Pasch. 44 Eliz. rot. 435）。1602年6月のトランプ独占特許支持の枢密院令<sup>(60)</sup>が示しているように、1601年議会の独占論争でのトランプ独占に対する名指しの攻撃と反独占勅令によるコモン・ロー裁判所での検討の約束の結果、トランプ独占は訴訟を待つまでもなく崩壊の危機に見舞われていたようにおもわれる。その意味ではダーシの提訴は上記枢密院令と共にトランプ独占維持のための最後の防護策であったと思われる。

**a. エリザベス治世44年イースタ開廷期 訴訟記録第435号<sup>(61)</sup>**

原告第一訴答は、権利（特許状）の存在確認、権利侵害の発生、損害の発生の三点の主張により構成されていた。

侵害された権利は、エリザベス治世30年6月13日に Ralph Bowes と彼の代理人（factors and deputies）にトランプを供給する権原を与え、他の全ての人々に国内にトランプを輸入すること、並びに国内で製造、販売することを禁じるために一定期間賦与され、40年8月11日に上記特許期間12年間の経過後（42年6月13日以降）、21年間、現在ダーシの下にある開封勅許状であり、これにより原告は臣民の必要のためにロンドンで製造される4,000グロス、総額5,000ポンドのトランプに責任を負うこととなった。これに対し、被告は上記特権に反し、エリザベス治世44年5月15日80グロスのトランプを注文製造し、翌日は、女王の輸入許可証、被告の承認も受けていない検印無しのイングランド製でない100グロスのトランプを輸入し、半グロスのトランプを Francis Freer 並びに John Freer に13シリング4ペンスで販売した。この権利侵害の結果、2000ポンドの損害額が

262(262) 法と政治 69巻1号（2018年6月）



発生したというのが原告の第一訴答の内容であった。

被告側は、原告の主張する事実関係を認めた上で法律上の問題について異議をとらざる（クックによれば上記半グロス＝72組分についてはイングランド製であるとして無罪が主張された）。即ち、被告はロンドン市小間物商組合の仲間であり、ロンドン市の自由民は商うことが可能なすべてのものを売買する古来の特権を有しており、アリンによるトランプ販売は古来の慣習的権利の正当な行使であると主張する。その意味では、国王の独占特許とロンドン市の慣習的特権との争いという構図になるのである。かくして、法律効果不発生抗弁が行なわれ、法律問題で争点が決定されることとなったわけである。<sup>(62)</sup>

被告アリン側も、国王大権に基づく特許状に対抗するのに、私人として、個人の営業利害を全面に立てたのでは勝利が困難であることは目に見えていた。かくして、開封勅許状（Letter Patent）による独占特許対特権証書（Charter）により確認されたロンドン市の古来の慣習の効力の問題へと争点を Demurer in law で持ち込むことによってロンドン市当局を味方に取り込む戦術がとられたことになる。

アレンがロンドン市の古来の慣習という共通の大義（Common cause）のために戦っているとしてロンドン市長及び参事会員に訴え訴訟の援助を求めたのも、上記枢密院令の出された6月であり、前述の如く以前に揉皮（Leather Buffs）の検査・検印の特許を撤回に追い込んだフラーをはじめ優秀な法律顧問を抱え、裁判官にも多くの友人を持つロンドン市を味方に引き込むことができたのである。他方、ロンドン市は、揉皮独占事件でロンドン市の特許状（Charter）は議会制定法による以外には侵害されず、開封勅許状によっては侵害され得ないとするロンドン市の全ての営業に有益な判決を得ていたのであるが、1601年4月には紙製造特許に基づくボ  
口集めをめぐる市当局と枢密院との対立が再び顕在化していた。<sup>(63)</sup> それゆ

え、この事件はロンドン市にとっては第2ラウンドとしてロンドン市の古来の特権を確認するための機会でもあったのである。

この時点で不利を悟ったダーシが和解案を提案、アリンの抱き込みを計り自己に有利な解決案を得ようとするが、ロンドン市の特許状を守るために拒否されることになる。アリンが後にロンドン市に対して訴訟費用を請求して訴訟を提起することになるのはそれ故である。<sup>(64)</sup>

しかし、後述するように、一旦法律問題の議論に入るとロンドン市の慣習的特権の問題はほとんど注目されることなく、1601年議会で問題とされたより広範な視野から独占特許の有効性が問題とされることになる。したがって、ロンドン市の古来の特権の主張は法律効果不発生抗弁によって法律上の争点に持ち込むために利用された感すらある。しかし、営業の自由の主張の起点にロンドン市の自由民の特権があり、この訴訟を通して、都市自由民の特権がイングランドの自由人の相続財産に転換していく意義を見落としてはならないであろう。

### 3. 弁論の開始と第一回公判

クックやモーアが当該事件の訴訟記録を判例集に再録したのは、プラウドゥン以降の新式の判例集の特質として意識的に行われるようになったことなのであるが、プラウドゥンが新たな判例集の伝統を形成するに際して論じたように、法律効果不発生の訴答に基づき提起された法律上の争点について論じられた議論の内にこそ、コモン・ロー法学の真髄があり、この論証過程こそがコモン・ロー法曹の学識の見せ所であった。

審理には、当代一流の法曹が集まり、エリザベス治世44年トリニティ開廷期に第一回の弁論がなされた。この第一回弁論で原告ダーシ側弁護人となったジェームズ・アルサムは、ロンドン市出身の法曹で、1600年にグレイズ・インで第一回制定法講義を行った新進気鋭の法曹であり、事件  
264(264) 法と政治 69巻1号 (2018年6月)

後1603年に第二回制定法講義を行い、高位法廷弁護士に昇進、後に財務府裁判所判事に就任している。彼は本事件の裁判長ポパムやベーコンからも法曹として高い評価を受けていたが、クックとは対立関係にあった。この高位法廷弁護士への昇進を間近に控えた法曹にとっては、学識の見せどころであり、国王の免除特権付与に関するパテントの使用をめぐる多くの先例、法例を引用し、「先例に基づいて」ダーシの特許状の有効性を主張し、被告は国王侮辱罪に相当すると論じた。<sup>(65)</sup>

なお、クックの判例集にはもう一人の弁護人として後の王座裁判所判事(1606)財務府裁判所長官(1625)タンフィールド(Laurence Tanfield)が挙げられている。彼も1595年春にインナ・テンプル法曹院で制定法講義を行っており、1603年1月28日上記アルサムと同時に高位法廷弁護士に昇進しているが彼の具体的弁論内容は伝わっていない。恐らくアルサムと協力して活動していたのであろう。

他方、被告アレンの側弁護人となった、クロークとダイアであるが、クローク(George Croke)は、大法官六書記官の一人ジョン・クローク(d.1554)を祖父にもつ法律家一家、兄ジョン・クロークはこの時期1601-3年の議会の庶民院議院議長で後の王座裁判所判事。彼自身も、1581年から判例集を残している。オックスフォードのクライスト学寮からインナ・テンプルに進み、1599年第一回制定法講義を行っている。第二回制定法講義は1618年、高位法廷弁護士への昇進は1623年と原告側弁護士と比べて遅い。1625年に民訴裁判所判事、1641年に王座裁判所判事となるが、ロンドン市長 Sir Thomas Benett の娘 Mary を妻とし、ハムデン事件で国王に不利な判決を与えた少数派判事であり、甥のアントンは共和制期の高位法廷弁護士、その息子リチャードはクロムウエル派高位弁護士として名高い。もう一人の弁護人ダイアについては、高位法廷弁護士にも、裁判官にも昇進することがなく経歴については不明である。

モーアの判例集では被告側弁護人は「女王は他の人々を彼らの通常の営業や職業を制限するための特許を譲与し得ない。いかなる職業も禁じられたり、独占化されたりしえず、国内技術によって新たに発案されたようなもののみが、特許によって専有されうる」ということを「公的衡平（public equity）に基づいて」主張したとして、特別な先例の引用は報告されず、原告側の論証方法との対照性を浮きだたせている。<sup>(66)</sup>

しかし、開封勅許状たる特許に対する違反は国王侮辱罪であるとする原告側の主張をはじめとして、1601年以前にこの種の事件を扱っていた星室裁判所で行われていた議論の延長線上で戦わされており、新たな議論の展開は見られず、被告側の「公共の衡平（Common Equity）」一般への訴えも新たな法原則を産み出すものではなかったように思われる。そのためか、第一回弁論での議論はモーアの判例集で簡単に触れられた以外にはほとんど注目を浴びることはなかった。

議論が新たな展開を見せ始めたのは、エリザベス治世44年のミクルマス開廷期にはじまる第二回目の審理以降である。<sup>(67)</sup>

### 第3章 「国王大権」 vs 「臣民の自由」

#### 1. ドッドリッジによる問題の再指定：第二回公判

エリザベス治世44-45年のミクルマス開廷期にドッドリッジ Doddridge によって特許に反対する議論がなされ、フレミング Fleming 法務次官によって特許支持の議論が展開された。当該開廷期後半にはフラール Fuller によってフレミングの議論に反対して当該特許に反対の主張がなされ、これに対し法務長官クックによって特許支持の議論が展開された。

この、第二回弁論の口火を切った被告側弁護人ドッドリッジはデヴォン州出身で、オックスフォード、エクゼタ学寮出身でミドル・テンブル法曹 266(266) 法と政治 69巻1号 (2018年6月)

院に所属、コモン・ロー法学教育の改善のために『イギリス法曹』（1630）を著わすなど、ルネッサンス期の教養あるコモン・ロー法曹の典型であり、尚古学会の会員でもあった。彼も事件後1604年高位法廷弁護士となり、同年フレミングの後任として法務次官に昇進、1610年のインポジション論争でも、フレミングへの反論を展開することになる。1612年には王座裁判所判事に就任している。

ドッドリッジは慎重に議論を始める「国王の大権と臣民の自由権双方に関わる事件であり、注意深く扱わねばならない。腕より上の方をたたき切る者には木屑が目に入るからである *qui majestatem scrutatur principis, opprimetur splendore ejus*」。しかし、「法によって統治することが君主の誉れであり安全であって、その相互の役割については、プラクトンのいうように、法が国王に帰属させた事柄を、国王が法に改めて委ねることが望ましい *dit merito retribuatur Rex legi, quod lex attribuat ei, ideo*」からである<sup>(68)</sup>。このように、イングランドにおける法と国王との関係を規定したうえで、「このような國の君主は常に彼のパテントや譲与が法によって検査されることに満足されており、現陛下もそうである。このように検査が加えられた場合に、女王が与えた譲与が通常確立した臣民の自由 (*le usual et settled liberty des subjects*) に反する場合には無効であると裁判官達によって常に判示されてきた」として、問題枠組を前議会でセシルが提示した、国王大権と臣民の自由という図式に再措定し直すとともに、独占権付与無効の根拠を、単なる「公共の衡平」にではなく、「裁判官達によって、臣民の通常確立した自由 (*le usual et settled liberty des subjects*) に反する国王の譲与は無効と判示されてきた」先例を求め、独占議会で問題となったベッチ事件に加え、コモン・ロー法学の成果に基づいて、有効な特権と無効な特権の峻別論のための論点整理を展開する。<sup>(69)</sup>

「臣民の通常確立した自由」を示す先例としては「ヘンリ5世治世2

年法廷年報第5葉で、主人が奉公人を村内では営業を行使しないという金銭債務証書に基づき差し押さえたが、当該金銭債務証書は無効と判示され、国王侮辱罪を免れ、獄から解放された。エドワード4世治世21年『法廷年報』第79葉の Moll 某のために作成された仲買職 *brocage* の譲与のパテントも無効であったように思われる。なぜなら、臣民が仲買人無しに売買しないというのは理性に反するからである。ヘンリ7世初年法廷年報第10葉では、国王は教皇代理人のフィレンツェ商人から没収された[独占商品である]明礬を原状回復させた、さもなければ外国で自国の商人の商品が没収されるからである」。さらに、ドッドリッジは、法務次官クックを意識して、この事件に関連する直接の先例としてのクック自身が弁護人として仕立服職人組合の条例を独占を産み出すが故に無効と論じた最近の事件「ダヴェナント対ハーデイス事件」を思い出させる。

冒頭で述べたように『法学提要 第2部』で、クックがリバティの第二の意味として臣民の自由という抽象的定義をあげたときに直接に引用したのが、この2年前のダヴェナント事件（1599年）であるが、何故かクック自身はこの事件を自らの判例集には納めることはなかった。この事件を報告したモアの判例集では「臣民の自由」という用語は使用されておらず、クックは組合内規 (*bye-law*) による独占を「法に反する」(*encounter le ley*)」に反するものとして、より具体的に論じれば、普通法 (*common droit*) と条例の本質 (*le nature de un by-law*) = 公共善の促進と諸法のより良き執行 (*fursurance del publick bone et le melior execution des leys*) に反するものとして議論していた。その意味では、クックは「臣民の自由」論からというより、ローマ法源やギリシア語の語源まで引用しながら、「公共善論」の立場から仕立商組合の条例を無効と主張していたのである。<sup>(70)</sup>

クックがまったくリバティについて論じなかったわけではない。しかし、  
268(268) 法と政治 69巻1号 (2018年6月)

この事件で論じたりバティの問題は人身の自由の問題であり、営業の自由の問題ではない。ダヴェナント事件では公共善のための条例であれば営業制限可能なのであるとの文脈のなかで、しかしながら、違反者の身柄を収監することは「大憲章の自由 (le liberty del grand charter)」に反すると論じていた<sup>(71)</sup>のである。

ダヴェナント事件と「臣民の自由」論との結び付きは、むしろ、この独占事件においてドッドリッジが議会論争でセシルが論じた「国王大権」と「臣民の自由」という論争枠組に合せてダヴェナント事件を引用したことにはじまると思われる。

実際、ダヴェナント事件で被告側弁護人であったモーアは議会における反独占論者であり、独占が無効か否かが争点であったわけではなく、また、問題とされたのは仕立職人組合の内規が独占となるか否かの問題であり、その意味では国王大権とは無関係な、むしろ「私的」独占に近い問題であった。それ故に、ドッドリッジのハーデイス事件の引用は厳密な意味では不適切なものなのだが、ハーデイス事件は2年前の王座裁判所でポバム裁判長の下に、独占事件とほとんど同じ裁判官のもとで法務長官クック、法務次官フレミングによって議論され、しかも、独占を一般的には法に反するという前提の下に判決が下されたということが重要であったのであり、ドッドリッジが、この事件を引用した意図もそこにあつた<sup>(72)</sup>と考えられる。もちろん、ドッドリッジも最後に議会独占論争で有名となったベッチ事件 (50 E3 rot.33 Pechy) を引用することも忘れなかった。

ここでは、前議会のセシルの要約における国王大権への対立概念として「臣民の諸特権」という把握の仕方からさらに一歩進んで、従来、具体的な特権の束として理解されていた「臣民の諸特権」としての「自由権」が、「臣民の自由権」として、抽象的な形式で語られはじめられる。実は、この議論が法律上の議論で「臣民の諸特権＝自由」が複数形でなく、単数形

で語られるようになった現在確認されている最初の例なのである。クックが『法学提要 第2部』のマグナ・カルタ第29章の解説で Liberty の意味を、國法、自由権と特権という三つの意味に分けて解説するのもこの事件における議論を基礎としているのであり、その意味では、我々はイングランドにおける自由権概念の形成史の真っ只中にいることになるのである。<sup>(73)</sup>

ドッドリッジは「国王大権」の正当な行使として、合法的なパテントもあることを認める。本来の開封勅許状の使用目的であった官職の授与、さらには印刷特権のような國土の平和と安全に関するもの、外国交易の統制権のようにマグナ・カルタ30章によって認められたものがこのような例としてあげられる。

また、中世の局地的独占のようにウェストミンスター修道院の市場特権やヨーク大司教の染色小屋特権のように。慣習により営業が制限されることもあるが、これらはパテントによるものと異なり有効である。また国王は一見、公共の福利 (le common weal) に反するようでも、公共善のために (pro bono publico) 大権によって、諸特権を与えることも出来るのである。

しかし、ダーシのパテントが無効であるのは以下の三つの理由による。  
①制限無しにトランプを売る独占権を与えることは、不合理な価格で売ることを可能にし、大きな抑圧となるからであり、こうしたことが問題とされた先例もある。②パテントの意図は本来トランプの数量を制限するものであり、購買をダーシに認可するものではあったが、彼に制限するものではなく、パテントの文言がその意図に一致していない。③1463年法、1483年法は国内トランプ製造業の奨励のために外国からの輸入を禁じたのであるが、当該独占特許は既存の産業たるトランプを慣行的に商ってきた小間物商の相続財産に課税することになるからである。<sup>(74)</sup>

かくして、議論は「国王大権」と「臣民の自由」双方にかかわる問題と  
270(270) 法と政治 69巻1号 (2018年6月)



して、1601年議会でセシルが提起した問題枠組みに指定しなおされることになるのである。各論者の議論の特徴に着目しながら構成されたモーアの判例集によると、この、ドッドリッジの問題枠組みの提起を受けて、法務次官フレミングが「君主権」論の立場から、ロンドン市法律顧問フラーが「臣民の自由」論の立場から議論を展開し、最後に法務長官クックが「公共善論」の立場から議論を締めくくるという展開過程をとることになる。

## 2. フレミングの「君主権」論と裁量論

モーアの判例集は法務次官フレミングが「真の君主権」の定義から論じたとその議論の特徴付けを行っている。このフレミングこそ、3年後のベイト事件で財務府裁判所長官として国王の絶対の大権論に基づいて付加関税合法論を唱えた張本人であり、偶然にも独占事件は1610年議会の「反インポジション法案」を提出、議会反対派のリーダーとなるフラーとの前哨戦となったのである。<sup>(75)</sup>

トマス・フレミング法務次官はリンカンズ・イン出身の法曹で、1592年に制定法講義をおこない、1594年にはロンドン市裁判官に就任、同年高位法廷弁護士に任命され、制定法講義を行うとともに、その翌年にはクックの後任として法務次官に就任している。独占事件後に一躍、財務府裁判所長官に昇進、1606年ベイト事件における付加関税合法論は有名である。

しかし、残念ながら、独占事件についてのモーアの判例集では、君主権論それ自体の中身についてはそれほど詳細に報告されているわけではない。それ故に、ここでは、フレミングの議論への反論として構成されたフラーの議論及びフレミングが事件直後のベイト事件で展開した有名な「君主権論」を手掛かりにフレミングの議論を再構成してみよう。

フレミングは「真の君主権」は以下の五つの事柄を執行することにある

として「①正直を命じ②不正を妨げ③中間のものを認可し④違法行為を罰し⑤善行に褒賞を与えること」の5点を挙げ、したがって「これらの五つの原理に反するパテントは無効である」として、具体的に「①パテントは法を変更すべからず②パテントは正義と普通法（justice et common droit）に反すべからず③パテントは臣民の利益に負担を課すべからず④パテントは臣民の相続財産、自由、営業（inheritance, liberty ou trade del subject）を侵害すべからず」という原則が確認されることになる。<sup>(76)</sup>この前半部は、裁判過程を通して大権に法的枠組みを与え、これらの議論を私的に集めた法廷年報を法学教育の組織化を通して権威的法源にまで成長させてきた15世紀以来のコモン・ロー法学の成果<sup>(77)</sup>であったし、「臣民から生得権を奪うような特許状を欲する人々を非行者、邪で悪意に満ちた犯罪者と見なす」と論じた議会でのセシルの議論とも一致するのである。<sup>(78)</sup>それ故に、被告側弁護士フラー自身の言うように、①法や相続の方法を変更する傾向のあるもの、②普通法（Commune jus）に反するもの③臣民に全般的負担を負わせるものをすべて法律上無効なパテントとして理解することにおいて法務次官フレミングとの間の意見の対立はなかったのである。

しかし、モーアの判例集では、一般的な命題には常に例外があるとして、例外的な独占付与が有効とされた先例として、個別事例毎に行使される国王の外国商人への保護特権、大赦特権、さらには国土防衛のための硝石採掘特権があげられ、最後に個々の自治都市に与えられる市場特権、ワイン輸入独占特権も有効とされてきたと論じられる。従って、トランプ独占に関しては、交易の本来の目的（＝安全、平和、快適、正直、幸福な生活）にそったものではないが、奉公人が主人を騙し、時間の浪費をもたらすものであるので国王はパテントによって禁じることが出来るというのである。<sup>(79)</sup>

この点に関しては、ノイの判例集で、「しかし、国の一般的福利のため  
272(272) 法と政治 69巻1号（2018年6月）

に作成された特許状は一定の臣民の特定の営業行為を合法的に制限することができる」とする議論を展開したとされるのと一致するであろう。実は、議会でセシルがコモン・ロー裁判所に委ねたのは、まさに、この点に関する審査であったのである。そして、セシルがこの問題について、臣民の諸特権と国王大権とを調整することが出来ると信じたように、「臣民の権利」の側から論じたフラーとの間にもこの点についての対立点はなかったのである。むしろフラーとの対立点は、こうした大前提ではなく、トランプ販売独占を付与する当該パテントそれ自体が国の一般的福利のために作成されたか否かという小前提の問題にあったのである。<sup>(80)</sup>

それ故に、フラーは「当該パテントは国の一般的福利のために作成された」とする「小前提の誤り」を6点にわたって明らかにしていく。第1に当該独占が国内産業を破壊し、既存製造業者の生活破壊することである。第2点目が営業秩序の破壊である。従来のカンパニーによる良き営業秩序が行われていたものを素人の恣意に委ねることになるからである。第3の理由は価格の高騰で合理的価格で販売せず高値に吊り上げる者は1353年法で罰せられるが、ダーシの犯罪は単なる制定法上の犯罪 *Mala prohibita* ではなく本質的犯罪 *Mala in se* でありパテントでは免罪不能である。第4点目は、人々が商品選択権の喪失してしまい、より良く安いトランプを買うことができなくなる。第5番目の理由は、技能修得意欲の喪失である「技能」は盗むことのできない最も確実な財産であるが、ダーシのパテントはこれを奪うものである。最後に、貧者、旅人への神法上の救済すらも奪ってしまう。貧者には落穂拾いの権利、旅人には葡萄畑の果実への権利が残されるが、ダーシのパテントは当該営業のもたらす全ての実りを部外者に与え、本来の享受者には何も残さない。失業者は、最終的に盗人になる以外になくなるとして、治安問題にまで議論を展開し、ブラクトンのように「何人も拒否せず、全ての人をコモン・ウェルスに役立つように

することこそが国王の良き天分を構成する」のであり、また、キケロのいうように「一方の党派を重用し、他の人々を無視するものは不和と騒擾を導くものである（Qui autem parti consulunt, partemque negligunt, seditiones & discordias inducunt.）」と結んでいるのである。<sup>(81)</sup>

しかし、ここからはもう一つの重要な問題、即ち、公共善の判断者は誰かという危うい問題が生じる。フレミングが1年後にベイト事件で展開した有名な国王大権論が、通常大権と絶対大権の峻別論がこの問題を理解する上での参考となろう。

「第一に国王の人格は‘omni potestas a Deo, et non est potestas nisi pro bono’である。国王に領土と人民の統治が委ねられており、ブラクトンが述べたように、彼の職務を果たすために、神は彼に権力、統治行為と統治権限とを与えたのである。国王の権力は二重であり、通常のものとは絶対的なものであって、それらはいくつかの法と目的を持っている。通常の権力は個々の臣民の利益や世俗の裁判の執行、即ち所有権の決定のためのものであり、通常の裁判所で衡平と正義に基づき行使されるものであり、ローマ法学者は私法と名付け、我々がコモン・ローと名付けるものである。これらの法は議会無しには変えることは出来ない。これらの形式や方法(form and course)を変えたり、妨げられたりすることはあるとしても、その本質は決して変えられることはない。国王の絶対的権力は私的な用のために、もしくは特定の人の利益のために行使され、流用されるものではなく、人民の全般的福祉、即ち Salus populi となるもののみ適用される。人民が肉体であるように、国王は頭である。この権力は、コモン・ローにおいてのみ方向付けられている諸準則によって導かれており、Policy and Government と名付けられるのが最も適切である。この身体の構成は時と共に変化し、公共善のための、この絶対的な法は、国王の見識に応じて大きく変化するのである。これらが一般的準則であり、そのまま真実である

274(274) 法と政治 69巻1号 (2018年6月)

ので、これらの諸準則の範囲内でなされた全てのことは合法的である。問題となっている事柄は、重大な国事であり、ポリシーの準則に従って裁決されねばならない。もしそうであるなら、国王は彼の非常時権力を十全に行使したということになる<sup>(82)</sup>」。

すなわち、国王権力を通常権と絶対権に分け、前者を通常裁判所で行使される所有権決定のための権力として私法乃至コモン・ローと同一視し、従って、議会の決定無しには変更し得ないとしながら、絶対権については、公共善のための権力であるとして、公共政策（公法）と同一視することで、コモン・ローによって方向付けられているものの、その一般準則内では国王の裁量に属すると理解されているのである。それ故に、「これらの理由は先例からではなく、ポリシーからのみ引き出される、なぜなら ‘rex est legalis et politicus’ であるからであり、国政的理由 reasons politick が裁判官の論議を導く十分な指針であるからである。<sup>(83)</sup>」

この通常大権、絶対大権峻別論の基礎に、1601年のセシルの議論があることは明らかであろう。忠実なセシル派官僚フレミングの回答によれば、ある事柄が公共善のためであるのか否かという公共性判断の問題は、先例の問題ではなく、まさに、国王の裁量の問題なのであった。<sup>(84)</sup>

しかし、二つの問題が残る。一つは、セシルが問題としたのは、トランプ独占が個々の臣民の生得権としての営業にかかわる問題＝通常大権に関連する問題でもあったからであり、もう一つは、非常大権に関するものであるとしても、公共性判断の裁量枠組としてのコモン・ローのポリシーをどう理解するかという重要な問題が残されることになったのである。即ち、国家の基本政策のあり方が問われることになるのである。フラーが一方で営業権や技芸を所有の対象としてある種の無体財産権として臣民の相続財産に位置付け、他方で神法や國法に公共性判断の基準を委ねていくのは、この故であったように思われる。<sup>(85)</sup>

### 3. フラーの「臣民の自由」論と法の支配

とりわけ、法務次官フレミングに対する反論として構成されたフルーの議論は、ノイの判例集で全面的に報告されており、そこでは独占問題に関して考えられるべきほとんどの論点が論じ尽くされている。まず、ここに焦点をあてて検討してみよう。

フルー Nicholas Fuller (1543-1620) は、クックに先行して、「自由の憲章」<sup>(86)</sup>としてマグナ・カルタを甦らせたピューリタン法曹の代表者である。彼は、ケンブリッジのクライスト学寮出身でグレイ法曹院に属する法曹であり、エジャートン Egerton の法務次官当時から星室裁判所で印刷独占問題で被告側弁護士として活躍、前述のダーシの揉皮検印特許を取り消した星室裁判所の事件 (30 ELiz 頃) でも、ロンドンの揉皮販売業者の弁護士として関わっていた<sup>(87)</sup>。また、国教会の職権による宣誓の強制 (Oath *ex officio*) に抵抗したピューリタン派法曹として、1591年5月13日、星室裁判所でカートライト Cartwright の弁護士としても活躍していた<sup>(88)</sup>。

ロンドン市顧問弁護士 (Common Serjeant) であり、1604-10年議会では、後見権は自然法に反しており廃止すべきであると論じ、議会反対派のリーダーとして活躍<sup>(89)</sup>、後見裁判所批判を激しく展開した。その意味では大契約による封建的付随負担の合理化の方向と一致するものの、1606年ベイト事件で付加関税反対の論陣を張り<sup>(90)</sup>、1610年の議会インポジション論争では、付加関税が撤廃されない限り大契約は与えられるべきではないと主張した。その意味では、セシル路線にとって大きな障害となりはじめていたのである<sup>(91)</sup>。

フルー自身の主張の力点がどこにあったかは、フレミングの君主権論への反論として構成されたフルー自身の要約を見れば明らかであり、その意味では、この事件の議論は、インポジション論争の前哨戦ともなったのである。

### a. 法の支配論

フラーは、ブラクトンも述べたように「国王も神と法の下にある」と6年後にクックがジェームズに対して誇らしげ語った言葉から議論を始める。上述のブラクトンの言葉は、法廷年報でも1441年に以下の如く確認されている。「法は國の最高の相続財産であり、国王も全ての臣民もそれによって統治されている。もし、法が無ければ、国王もなく、相続財産もなくなるだろう」。この法の遵守に関しては女王陛下も戴冠宣誓において承認されたことであり、また、これらの宣誓に反する大赦を与えないことは1329年、1341年の制定法でも確認されてきているというのである。<sup>(92)</sup>

国王に対する神と法の優位は中世政治理論においては当然の前提であり、そのこと自体に新しさがあるわけではない。むしろ、新しさは、それらの原理がコモン・ローにおける実定法上の確立した原理として確認されていることにある。

かくして、このような法の支配論を前提として、相続財産としてのコモン・ローの支配に訴える。まず、フラーは裁判官の特許状審査権限の確認から議論を始める。なぜなら、フレミングの君主権論＝裁量論への反論の立脚点がここにあるからであり、また、コモン・ロー裁判所にパテント解釈権限があることは裁判所の合意点にもなっていたからである。

議論は裁判所の解釈方法にまで及ぶ。パテントの解釈は文言に縛られることなく、法と神の法にしたがってなされるべきである。実際、国王の贈与は文字によってではなく *antient allowance* に従って解釈されてきたことを先例によって明らかにする。かくして、(裁判官によって、国王の利益のために明文に反して解釈された例を示すとともに、法の支配は、国王・臣民間に無差別的に介在するとして一般的解釈原理にまで拡大していくとともに、権限委任等、臣民の福利のために国王の免責特権が統制された先例を挙げっていくのである。<sup>(93)</sup>

次に、フレミングの君主権論に対して、王権には正義（Justice）、権力（Power）、免責特権（Mercy）という三つの属性があるが、正義（Justice）こそが他の二者に優先するとして、王権に内在的なものとしての正義＝法の優位を唱え、正義によってパテントが統制されてきたことを確認し、大権に基づく風俗営業規制論への反論の立脚点とする。

フラーがマグナ・カルタ論を展開するのはこの風俗営業規制論に関してであった。法務次官の言うように、統治の利益は臣民が安全に生活することだけではなく、*tute vivere, pacifice vivere, honeste vivere, jucunde vivere* 安全にのみならず、平和で正直に、喜んで生きることにあるとして、レクレーションの必要性を説いた上で、キケロの格言 *Lex est vinculum civitatis, fundamentum libertatis & son aequitas*（法は国家の紐帯であり、自由の基礎、衡平の泉である）を引いて、法の支配の重要性を説いた上で、はじめて、自由との関連で、マグナ・カルタ29章が制定法として引用される。「ダーシがトランプを制限するパテントを持ち、他の人がテニスを、また別の人が鷹狩や狩猟を制限するパテントを持っているのなら、自由人はマグナ・カルタ制定法に従って《彼らの自由な諸特権と自由な慣習 *libertatibus & liberis consuetudinibus suis*》を利用すべきであるなどどうして言えるのか」と問うのである。トランプを制限する特許状をダーシに与えることは「自由人を農奴にすることになる」のではないかと批判する。さらに、彼が一步進んで「コモン・ウェルスが国王のために作られたのではなく、国王がコモン・ウェルスのために作られたのである」と主張するとき、もはや絶対王政官僚との妥協点は失われているのである。セシルが「フラーに注意しろ」と警告を発するわけである。

フラーは風俗営業規制一般を否定しているわけではない。従来も制定法上のトランプ、ダイス遊びの規制が存在したが、奉公人のみを対象とするものであり、しかも時間的規制であり全面的規制ではなかった。また、た  
278(278) 法と政治 69巻1号 (2018年6月)



とえ風俗営業規制をするにせよ、特許状によってではなく議会制定法によるべき問題なのである。

従って、フラー自身は、1607年フラー事件のパンフレットにおいても、独占事件を議会制定法による以外に法を変更し得ないと判示されたものと捉えている<sup>(94)</sup>。

興味深いのは、法と大権論の問題でもそうであったように、この時点では、法の支配一般への強調が第一義的な問題であったし、マグナ・カルタからの引用も臣民の自由論との関係ではその公式化において際立っているものの、他の制定法や先例からの引用と区別されているわけではない。1607年のパンフレットでは、さらに、マートン法「我々はイングランドの法を変更することを欲せず」を加え、マグナ・カルタに反する制定法は無効であるという議論まで展開している<sup>(95)</sup>。

こうした、王権にも優位する相続財産としてのコモン・ローという考え方は、1610年の反インポジション論争でも強調される「イングランドのコモン・ローは王国の最高の相続財産であり、この法によって国王、人民双方が方向付けられ、導かれているのであり、法が無ければ、イングランドには国王も相続財産も無いことになろう<sup>(96)</sup>」。かくして、1610年議会論争では、「法」の支配として展開された議論が「コモン・ロー」の支配へと強調点を変えていっているのであり、法の支配は、漠然とした神の命令や正義としての神と法の優位から実定法としてのコモン・ローの優位へと転轍されていっていることが重要なのである。

しかし、独占事件でフラーがフレミングの君主権論に対抗し臣民の自由を確立していく上で最大の拠り所としたのは神法であって、マグナ・カルタではなかった。前述の如く、フラーはフレミングの議論に合わせて「たとえ女王陛下がトランプ遊びを制限しようと認めたとしても」公共性判断において問題が生じることを引き続いて論証していくのであるが、この公

共性判断論の基礎に「神法論」であったことは明らかであり。ここに彼のピューリタン派法曹としての真髓があった。フラーは、ここで最後の鉄槌を下す。

**b. 神法論・自然法論**

聖書に「働かざる者食うべからず」(Thess. cap. 3.) とあるように、全ての人は労働によって生活すべきである。従って、人から彼の意に反して彼らの生計と合法的営業を奪い、彼自身の営業で働くことによって生きることを禁じることは、労働によって生きるのを禁止するのと同様に直接的に神の法に反する。このことは、もし、それがたとえ議会法によるものであれ、『博士と法学徒との対話』にあるように「神法に反する議会制定法は直ちに無効」であり、従って、神の法に反する開封勅許状が無効なのは当然の事である。

このような神の法はコモン・ローの中にも生きており、「汝は彼の上白を質に取るべからず、それは彼の生活の糧であるからである」と聖書で論じられているのに対応して動産差押に対するコモン・ロー上の様々な制限がある(14 H3 fo.25)。例えば、仕立屋の衣類(garment)、鍛冶屋の鉄床(anvil)、宿屋の馬は差押不能なのである。その他の家内動産は差押可能ではあるが、女王は差押制限物件を正義の観点から拡大し得るのである。

そもそも、これらの職人の持つ「技術は国王に発するのではなく、コモン・ウェルスの福祉に役立つように与えられた神の賜である人の労働と勤勉に発する。コモン・ウェルスの長たる国王は配分的正義に適合するように、測り計られるべき正しい尺と秤があるようにし、詐欺や欺瞞が行われないよう」にする役割を担っているのであるが、しかし、「人の合法的営業を制限することは自然に反しており、不適切」なのである。<sup>(97)</sup>

このように、聖書の言葉を制定法、先例においてコモン・ローの中に確認することによって、Mala in se & Mala prohibita 論を基礎に最も困難な  
280(280) 法と政治 69巻1号 (2018年6月)

国王の貿易管制大権論に対する反論を展開する。上述のような労働観、技術観に立てば、交易の自由を定めた法は *Mala prohibita* ではなく、*Mala in se* を扱うものである。従って、制定法違反の対象が *Mala prohibita* の場合には国王は免除特権をもっているが、この国王の免除特権は *Mala in se* にまでおよぶものではなく従って、ダーシに法律適用免除特権を付与する当該パテントは、「国王、臣民双方を害する」ものであって無効である<sup>(98)</sup>。公的問題の統御を私人の裁量による部分的感情に委ねることとなり、一人の人の意思が全ての人の災難となるからである。

自然法上の犯罪=*Mala in se* と単なる人定法上の犯罪=*Mala prohibita* との区別と国王の法律免除特権は彼自身が立法者である後者へののみ及び、自らが作成者ではない自然法上の犯罪には及ばないことについては中世法曹にとっては共通の理解がある。問題は、交易の自由を定めた制定法が、自然法上のものか、人定法上のものかという議論となる。国王側からすれば貿易管制権を持つ以上人定法上の問題ということになる。従って、フラーからすれば国王の貿易管制権そのものに議論を及ぼさざるをえない。

フラーによれば、貿易管制権は議会制定法 (26 H.8 cap.10) によって、生涯権として国王に与えられたものであり、大権に属するものであったならこのような制定法は必要なかった筈であり、出国禁止令状 *NE EXEAS REGNUM* も、個々の人に、個別的原因に基づいて発給されたことはあっても、全ての商人に対する一般的規制としては与えられたことはなかったと論じるのである。

交易の自由を自然法上のものとするフラーの議論には、市場の自由論的側面はあるが、*コモン・ロー* 裁判所にパテントの審査が委ねられた以上、合法的独占特許もありうるものであり、フラーは全ての独占特許を無効だと主張したわけではない。フラーは過去の裁判官の判断例を基礎に、厳格に解釈を行っていく。

まず、独占と法人の区別、及び徒弟法との関係を明らかにする必要がある。法務次官は「独占とは汝の権限で意のままに売却されることである（It is a monopoly cum penes vestrum potestas vendendi sit）」と定義するが、管理組織を設立し、秩序を保つための監事や理事をおく場合には、独占とは見なされない。このことをある意味ではエリザベス治世5年法が証明している。これらの営業の多くで全ての人は7年間徒弟として従事しない限り営業することを禁じられたからである。

前の議会でベーコンは「法人に賦与される特許を独占と称するのはばかげている」と論じているが、議会論争における独占の定義=Poly とは統治乃至公的管理を意味するのであり、それを私人が独り占めすることからすれば、公的な者の代表としての統治、ギルドによる交易の良き管理は正に公的なものであって独占からは峻別されることになる。<sup>(99)</sup>

しかし、商品や労働の価格を高めるために共謀した場合にはコモン・ロー上刑罰可能であり、あらゆる裁判所に告発可能であり、星室裁判所で厳しく非難される。なるほど私的独占を共謀罪とする理解は18世紀末から19世紀にかけての個人主義的自由主義時代の団結禁止法制を髣髴とさせるところがある。

上記の独占と法人との区別を前提にすると、裁判所が認可する合法的独占の第一の例は、今日の近代の特許権にあたるもので、イングランドにない新技術の移入、新発明で、合理的期間内で国王が賦与したものであり、独自の発明を行った本人に限られたものであり、國の福利となり、以前から存在する類似産業は影響を受けない場合に限られるのである。しかも些細な技術の追加が認められなかった先例をあげ新技術、発明特許についても厳格に解釈されている。

他方、違法とされた独占として、中世の局地的市場特権、都市の条例による慣習法的営業規制とともに、後に契約自由論との対抗関係で問題とな

282(282) 法と政治 69巻1号 (2018年6月)

る営業制限契約を違法とする先例が紹介される。例えば、カンタベリー市内の肉屋は市長の指定する価格で獣脂を当局の任命した市蠟燭製造人に売るべし、さもなければ投獄されるとする都市当局による慣習法的営業規制は、独占となる傾向があるが故に、裁判所は、当該慣習は良きものではなく、不合理で違法であると判示した。32日間のウェストミンスターでの市場開設期間中7マイル以内で売買してはならないとするウェストミンスター修道院の市場開設特権について、令状登録集に記載されてはいるが、当該令状に基づく判決はだされたことはなく、何が起ころうとも何人も七マイル以内で売買できないというのは不合理であり、ばかげている。追い剥ぎに会った場合、新たな服を求めて七マイル裸で行かねばならないのか。令状登録集には法律上の担保の無い様々な令状があるのである。また、営業制限契約 (Restraint of trade) に関しても、半年間の場所を限定した部分的営業制限契約が違法とされた例があるが、ダーシのpatentは全イングランドを対象とし21年間も有効であって、法務次官もこれを支持する事件の記録を発見していない。

最後に、無効なpatentに基づく特殊侵害主張訴訟そのものが成立しないことを、有名な学校塾教師訴訟 (11 H.4. f.47) を基礎に《不法行為無き損害 *Damnum absque injuria*》として論証していく。即ち、被告が原告よりトランプを安く売ることによって違法がなされたという訳ではない。それ故に、原告は損害を被ったとしても、不法行為に基づく侵害訴訟の訴訟原因とはならないというのである。この主張は、上記営業制限契約論とともに、後の自由競争市場論の基礎となる議論でもあった。

このようにフレーの議論は独占を法律上のめぐるあらゆる争点を含むものであり、公衆の商品選択権論、市場における価格決定、局地的市場特権違法論等、競争的自由市場の側に立って議論を展開していることは明らかである。しかも *Damnum absque injuria* 論にいたっては、後に私的独占

の自由が放任されるようになる時代の先触れとも考えられるかもしれない。しかし、フラーの市場論乃至営業の自由論の根底にあるのは、「契約の自由」ではなく「労働の自由」である。従って、労働の自由を制限するような、営業制限契約は無効であり、私的団結は違法であるだけでなく共謀罪にあたるのである。その意味では19世紀的な、独占放任的な契約自由論者ではなかった事は明らかである。このようなフラーの立場は1610年議会のインポジション論争でのフラー自身の独占事件の要約（1610.6.23）を見れば明らかである。彼によれば、「国王は臣民から合法的営業を奪うことも、その使用を禁ずることもできないことが治世初年の王座裁判所の独占事件で明瞭に合意され、そのように判示された」のである。議論の末に、「最後にパテントは違法と判示された。なぜなら、いかなるキリスト教君主の法、命令、付与であれ、ある臣民に労働することを禁ずる傾向のあるものは、汝六日間働くべしと述べた神の法に直接に反するが故に、違法で、不合理な命令であるからである<sup>(100)</sup>」

フラーの議論には、後にクックに帰せられるようになった多くの議論が多く含まれており、実際、リルバーンの法廷闘争を支えたのも、原稿を没収されていたクックの『法学提要 第2部』のマグナ・カルタ註解ではなく、むしろ、1641年に再版されたフラーのパンフレット（1607）であった<sup>(101)</sup>。それでは、この独占事件で法務長官として政府を代表していたクックは、このフラーの弁論を前にどのような議論を展開したのであろうか、モーアの判例集に戻って検討してみよう。

## 第4章 クックの「公共善」論とエルズミアの批判

### 1. クックの無用物論と公共善

モーアの判例集による弁論の特徴づけに従えば、法務長官として最後に弁論を行ったクックの議論の特質は「臣民の自由」の主張にではなく、  
284(284) 法と政治 69巻1号（2018年6月）

「公共善論」に基づく風俗営業規制合法論にあった。

クックの議論の第一の前提はトランプ=Vanity 論である。フラーの神法論からすれば、生活必需品や労働手段即ち、生活の糧を奪うことは Mala in se となり大権によって制限することも免責することもできないことになる。それ故に、フラーの主張を認めた上で、トランプは娯楽品であり、生活必需品ではないが故に、公共善のためであるならば大権によって規制可能だとする主張を展開したのである。トランプは things of vanity, matters of recreation, the great abuse and cheat なのである。

クックがここで用いた論理は公共善論や生計論の裏返し論理、トランプは生活必需品の営業取引に関するものでも商品でもなく、無駄なもの (things of vanity)、時間の浪費、多くの人の資産の減少、奉公人の仕事や勤務の喪失、欠乏の原因となる。「このような弊害を取り除き、穏当で適当な利用のための命令を下すのは国父であり、全王国の家父長であり、また、『法廷年報』(20 H.7. fol.4) で、イングランドの裁判長官と言われている女王に属する。また、レクリーション、や娯楽品に関する事柄は、女王は彼女が適切と考えるようにその穏当な利用のための命令を作る大権を法によって与えられている。それらの弊害が甚だしく、彼女の臣民に詐欺が加えられる場合には、完全に抑圧することもできる」のである。この議論をクックはフラーの Mala in se と Mala prohibita の区別を受け、法理論的に精妙化していくことによって新たな論理を産み出していく。「国王は制定法上の犯罪 Mala prohibita については、禁じることも、許可することもできる。また、娯楽に関する事柄を制限することもできる。たとえ私人の損害となろうとも公共善のためであるからである」。クックの公共善への強調はここに留まらない。さらに、「同盟締結権、貨幣改鋳権、軍隊徴集権等の臣民の論議し得ない絶対的大権をはじめ付加関税権等のさまざまな国王大権の存在とともに、さまざまなパテントによる特権賦与の有効

な先例を列挙し、最後に印刷特権について論じた後に、「なぜならこれらは公共善のためのものだからである」と締めくくり、続けて「都市、自治邑、法人の慣習や条例は共通の権利と臣民の自由に反する場合でも認められることがある。(sont allow, comment que sont encounter common droit et liberty des subjects)」とまで論じるのである。すなわち、都市、自治邑、法人の慣習や条例は、公共善のためのものであれば、共通の権利、臣民の自由に優先するとまで主張するのである。

国王大権は私人の相続財産に及ばないとするのが伝統的な議論であり、フラーが技芸を奪い得ない相続財産と論じ、ジェントルマンが土地に対して有すると同様の相続財産であるという議論を展開したのは、まさにこうしたコモン・ロー法学の伝統に立って議論していたからである。しかし、クックはモーアが注目したように、「Mala prohibita に関しては、禁止することも、許可することもできる」とする伝統的見解をさらに一步踏み出した議論を展開する。「たとえ私人の損害を引起こそうとも、公共善のためであるなら」と主張するのである。<sup>(102)</sup>

実はクックの最大のライヴァルとなる大法官エルズミアの批判が集中するのも、このクックの「公共善論」であって、この事件では主張されることもなかったクックの「臣民の自由論」ではないのである。国王大権擁護のために展開された議論がなぜ批判されることになったのか、一見理解しにくいかも知れない。批判の直接の対象となったクックの判例集における分析を通して検討してみよう。

## 2. クック『判例集』の判決と判決理由

最終的に、判決が下され、被告アリンの勝訴となったのは治世が変わったジェームズ初年（1603年）においてであった。

判決を下した王座裁判所裁判官ジョン・ポパムはオックスフォードのベ  
286(286) 法と政治 69巻1号 (2018年6月)



イリオル学寮出身でミドル・テンブル法曹院で学び、法務次官、庶民院議長、法務長官、王座裁判所長官と当時の法曹界のエリート・コースを歩み、その頂点に立つており、セシル派の司法官僚として同様な出世コースを歩んでいたクックの先達であった。同じく、裁判官席を占めていたクリストファ・イエルヴァタンは中世末以来の著名な法曹一家であり、セシル派司法官僚として、庶民院議長を勤め、女王顧問弁護士としてエセックス伯告発に加わった後、裁判官に昇進したばかりであった。もう一人の裁判官フランシス・ガウディも法曹一家出身で1588年兄トマスの後を継ぐ形で裁判官となっており、後に民訴裁判所長官に昇進した。もう一人のミドル・テンブル出身の裁判官エドワード・フェンナは1590年以降1611年死亡時まで裁判官を勤めた。

ムーアの判例集では、一旦はトランプは娯楽品であり開封勅許状で制限し得るという結論が下されたことになったかのごとく法務長官クックのまとめの議論で終わっており、その後、突然、「後に ジェームズ一世の初年のイースタ開廷期（1603.4-5）に被告勝訴の判決が下った」としてアリンの勝訴のみが理由も付されずに報告される。ムーアの判例集は判決理由についてほとんど述べていないのである。

これに対して、クックの判例集は、ポパム判事の判決への解説を中心に構成されている。この問題に関する、クック自身の判例集におけるまとめ方を見てみよう。

クックは、自らの判例集では、この事件を二つの一般的問題に関わるものとして分析した。第一に原告への国内でのトランプの独占製造権の賦与が有効か否か。第二の問題が原告に賦与された外国製トランプの独占輸入許可状もしくは法律適用免除を含む特許状はコモン・ロー上有効か否かというものである。<sup>(103)</sup>

この第一の問題に関する結論は、ポパム裁判長と全裁判官の意見として

以下の如くまとめられる。

ポパム判事が独占特許無効の論拠として挙げた論点は第1に、個々の営業主の生活破壊の問題である。フォーテスキュー『イングランド法礼賛』第36章、Davenant vs. Hurdis 事件が先例として掲げられるのは、この論点に関してであった。第2が社会一般に対する影響であり、その意味では公共善に係わる問題であった。即ち、独占に付随する3つの弊害、①製品価格の高騰、②製品の品質の悪化、③排除された営業主の貧困が問題とされる。このように直接的に排除された営業主のみならず、公衆一般を害することが問題であったのであり、営業主の貧困の問題も単に個人の問題としてではなく、失業・怠惰・浮浪・乞食という社会問題としても捉え直される。<sup>(104)</sup>

同時に、第二回弁論でクック自身が行った議論への反論が加えられる。即ち、なるほどトランプは、消費との関連で娯楽品であったとしても、その製造によって生計を営んでいるものの生活を破壊することにはかわりない。ここでは生活必需品か否かは無関係である。故に、製造独占は無効という論理となる。なるほどトランプ遊びは無駄なもので濫用の危険はあるとしても、その製造は、決して無駄なものでも、娯楽でもないのであって労働と苦勞の賜である。としてクックの Vanity 論への批判が加えられるのである。

通常、独占事件の説明として挙げられるのは、このトランプ製造独占特許に係わるポパム裁判長の理由付けである。この第一の論点に関しては、クックのまとめ方に問題があったわけではないし、また、前述のように、この第一の論点にクックの議論の特徴があったわけでもない。また、クックが引用することとなる、ブラクトンの議論やマグナ・カルタ論は既にドッドリッジやフラーによって展開されていたし、その後もダーシ事件と共に引用されることとなる、Davenant v. Hurdis 事件をもちだしたのもドッド  
288(288) 法と政治 69巻1号 (2018年6月)

リッジであった。1610年議会のイムポジション論争では、ドッドリッジはこの事件を要約し、「国王はいかなる人の生計の手段も奪うことは出来ないし、他の人を破滅させるような職業の独占的営業を一人の人に付与することはできない」と論じ、フラーは「国王は臣民から合法的営業を奪うことも、その使用を禁ずることもできないことが治世初年の王座裁判所の独占事件で明瞭に合意され、そのように判示された」としているように基本線は、クックの要約と一致しているのである。<sup>(105)</sup>

フラーが誇らしく引用しているように、基本的にはフラーの議論が受け入れられたことになるのであり、エルズミアもこの点を問題にしたわけではない。

しかし、トランプ独占を巡る法的問題は、この論点に尽きるわけではなかった。我々は、1601年議会の独占論争でセシルが独占特許を三種に分けた内でトランプ独占の問題を「有効な面と無効な面双方がある」という第三番目の種類の独占として位置付けていたことを思い出す必要がある。独占事件の判決では、第一にトランプ製造独占はセシルが第二の種類の独占として分類した「臣民の生得権を奪う授与」であると理解され「本質的に無効」とされたのであるが、もう一つの問題、トランプの輸入独占の問題が残されており、この問題は前述の如くセシルの分類では第一種類の独占とされた「その性質において自由で、有効な」国王による法律適用免除の免責特権の授与の問題と密接に係わっていたからである。

流通独占か製造独占かということが問題なのではない。むしろ、絶対王政期の独占規制は先買、買占禁止法を中心とする流通規制を中心になされていた。しかし、これらの流通規制は食料品を中心とする生活必需品を中心に、都市への貧民の流入、局地的食料不足の発生、都市貧民の暴動の発生という事態を避けるために課されていたのであり、贅沢品を扱い、しかも必然的に一時期に大量の商品を扱う海外交易に関しては、当初より先買、

買占禁止法からの例外と考えられていたからである。それゆえにトランプの輸入独占それ自体は問題とはならなかったし、クックが Vanity 論を強調したのもその故であったと思われる。むしろ、問題は国内産業の保護という観点から、イギリスで製造されている製品の輸入を禁止する制定法との関係で生じたのである。ダーシの特許状はこの制定法の適用免除条項を含んでおり、この免責特権に絡んで公共善問題が再び焦点となったのである。

その意味では、クックが独占事件を二つの論点に分けて分析したのは、セシルのガイドラインに応じたものなのであるが、逆に、そうすることによって本来議論されるべきでない問題にまで足を踏み込むことになったのである。エルズミアによって激しく非難されることになるのは、まさに、通常独占事件の論点とされる第一の製造独占に関する議論ではなく、見過ごされがちな、この制定法上の輸入禁止政策からの大権による刑事免責という形式で賦与された輸入独占の問題にかかわってであった。

クックは第二の問題に関しては「1463年法にもかかわらず、(いかなる制限も無い、無限定の)トランプの輸入、販売独占の許可乃至免責は法に完全に反する」と判決されたとして、その判決理由を以下の如く論じるのである。

先ず第一に「国王には特定個人を法律から免責する権限がある」としてセシルの言う第一の種類の大権行使正当性を認めた上で、「賢明なる議会が、国内の臣民達が生産に従事し、彼らの手仕事によって自らと家族の生計を維持できるようにという趣旨で、多くの外国製品の輸入を公共善のために制限する法令を作ったのにもかかわらず、今日、この1463年法にもかかわらず、如何なる制限もなしに、私人の利得のためにある人(人々)に独占的輸入権を賦与することはコモン・ローに反する独占であり、同法自身の目的及び範囲を逸脱するものである」(傍点筆者)からである。

モーアの判例集で明らかなように「制定法上の犯罪=Mala prohibita に関しては、私人の損害となる場合でも、公共善のためであれば国王は許可することも、禁じることもできる」というのが法務長官クックの本来の主張であった。ここでも第一の論点同様に、クック自身の議論を一貫させるために、新たな論理を挿入していく。即ち、アリンが勝訴となったのは、彼が免責された犯罪は、なるほど制定法上の犯罪をではあるが、公共善のために制定された法であるからであるとする論理なのである。

同じ「公共善」という言葉で語られながら、前者においては公共善に基づき行為する主体は国王であるが、後者では議会が公共善判断において国王に優位することになるのである。しかも、ある制定法が公共善のために立法されたものか否かの判断は裁判所に委ねられることになる。

ホップズが後に『リヴァイアサン』でクックを批判し「正邪に関する裁判官はいずれも、何がコモン・ウェルスにとって何が好都合で、何が不都合かということの裁判官ではない」として裁判官による公共善判断を批判するのは、まさにこの問題の本質をついていたのである。この第二の論点に関するクックのまとめの持つ危険性は、後にクックの判例集の検討を命じられた大法官エルズミアによって既に敏感にかぎ取られていた。

### 3. エルズミアの批判とその意味

独占事件はエルズミアによってその捏造がもっとも激しく非難された判例となるのである。彼はクックの判例集を4種に分け、ダーシ事件を第2の国王大権に関わるものに位置づけて、以下のように評する。「ダーシ事件で、裁判長（クック）はエドワードIV世三年の立法に反しトランプの独占輸入をダーシに与えるエリザベス女王の特許状もしくは法律適用免除特許は法に反すると決定されたと報告しているが、その事件の過程を充分に考察し、当該事件の裁判所の判決に立ち会った者は、裁判官達はそのよう

な決議は与えず、この点については、特許状本文に基づいて主張されたので沈黙したままであったことを認識すべきである。それによって、全ての人に共有のものであるトランプ製造業は特許状によってダーシと彼からの権利譲受人に属するものとされたが、裁判官達はそれが多くの人々が生計を得ている職業の破壊になると考え、法に反すると判示したのである。また、免除特権それ自体については、自然法上の犯罪と制定法上の犯罪の相違と、即ち国王は後者は免除し得ても前者は免除し得ないということとともにいつの時代にも認められてきたことである。判例集の著者（クック）が新たに考案した峻別は、国王は人定法上の犯罪（Mala prohibita）を免除し得るが、公共の利益（Pro bono publiko）のために制定された法律を免除することができないとした点にあるのである。しかし、真実のところ唯一の判決理由は判例集の著者によって傍論として述べられたところにある。即ち、ダーシの特許は、上記制定法に基づき職業的密告者の訴追から免責するものであり、ダーシに訴権をあたえるものではなかったからである。」<sup>(106)</sup>（傍点筆者）。

即ち、輸入独占問題については免責特許それ自体は有効であるが、ダーシに違反者に対する特殊主張侵害訴権を付与するのではなく、特殊主張侵害訴権に基づく本訴訟は成立しないとして訴訟技術上の理由から敗訴したのである。もちろん、これは形式的理由であり、エルズミアが前段で主張する実質的理由は、「それ（トランプ製造業特許上）が多くの人々が生計を得ている職業の破壊になると考え」、裁判官は「法に反すると判示した」のである。女王陛下が臣民の「生業の自由」を破壊するような独占特許を与えるはずがないというわけである。女王大権を傷つけることなく、評判の悪いトランプ独占を廃止するために裁判官達が考え出した案であった。

また、制定法上の犯罪であっても、本来 Mala in se であるものを規定  
292(292) 法と政治 69巻1号（2018年6月）

した犯罪に関しては国王も免責しえないことについてはコモン・ローの確立した原理であった。<sup>(107)</sup>後に、独占禁止法の解説でクックが独占を Mala in se と位置づけた意味は、まさにこのような国王大権による免責という解釈上の抜け道を断つものであったといえよう。<sup>(108)</sup>むしろ、クックが法をねじ曲げたとするならば、即ち、クックに独自性があるとすれば、「生業の自由」を神法乃至自然法に基礎付けたことではなくて、この事件の解説で、公共善の概念を国王大権＝免責特権の上においたことにあった。これによって、国王大権は神法や自然法によってのみならず、議会や裁判所によって解釈される公共善概念によっても制約されると判示されたと主張したのである。

実は、免責特権と制定法との関係で公共善論を持ち出したのもクックが初めてではない。近代的判例集の創始者としてクックが高く評価したプラウドウンが、彼の制定法解釈論の中で論じていた。プラウドウンはテューダ期における議会制定法の増大とその重要性を前にして新たな立法解釈論を模索していたのであるが、この「公共善」論は、「エクイティ」論とならぶ新たな制定法解釈原理として導入されようとしていたのであろう。<sup>(109)</sup>

もちろん、エクイティ論と同様に、公共善論も中世において全く知られていない原理ではなかった。トマスが明らかにしたように、公共善論は中世人定法論の基礎であり、中世の世俗支配の要諦であった。しかし、この原理からすれば、全ての制定法の基礎には公共善の原理が横たわっているはずであり、クックの言うように公共善のための制定法とそうでない制定法という区分は意味をなさないことにならないだろうか。

とはいえ、中世末以来の様々な経済政策立法や風俗規制と法曹院で繰り返し講義されてきたコモン・ローの中核を構成するエドワード I 世紀の諸立法を単に議会制定法であるという理由だけで同列に扱うことは困難であった。プラウドウンの例も条件付贈与法という中世不動産法の根本にかかわ

る基本法的な制定法に関するものであり、むしろ、セシルが論じたように国王大権といえども臣民の相続財産権を奪えないとする伝統的概念に属するとも理解できるのであったのだが、しかし、彼がこの問題を「公共善」という概念で解決しようとした点に新しさがあったのである。<sup>(110)</sup>

前述したように、フレミングがバイト事件で明らかにしたように、公法概念が生じつつあった。この区分をフレミングは、ローマ法における私法と公法の区分に準えつつ、通常大権に基づき国王裁判所で扱われる所有権問題と絶対大権に基礎を置き国王の裁量に委ねられる問題というように国王家政原理に由来する大権行政論から公法・私法峻別論として形成して行こうとしたのである。これに対し、クックは国王大権論から直接的に論証していくフレミングと結論は同じでも論証の仕方が異なるのである。「国王は本王国に輸出入されるいかなる商品に対しても意のままに付加関税を課することはできない」のであるが「全ての島国の生命である営業と交易の増進のため、即ち《公共善》のために」なされる場合を除いてなのである。例えば「外国でわが国の商人の商品に《公共善とは無縁に》付加関税が課されたとしよう。営業と交易の増進の目的で平等を築くために国王は彼らの商品に付加関税を課することができる。なぜなら、このことは商業の発展のために制定された如何なる法にも、またマグナ・カルタの如何なる条項にも反しないからである」・・・「というのも、すべてのこのような制限の目的は《人民の福利 Salus populi》にあるからである」

新たに現れつつある公法概念の基盤になにをもとめるかという点で両者に相違が生じてきている。フレミングは絶対的大権に基づく裁量権限に、クックは公共善概念に公共性問題の基礎を定めようとしているのである。

もちろん、クックは国王大権それ自体を否定したわけではなく、伝統的に国王大権に属するものとされてきた官吏任命権に関しては、制定法の適用除外特権をも認めているのである。<sup>(111)</sup>



問題は、国王大権の行使にはも「公共善」という制約原理があるということになる。しかし、この「公共善」概念も抽象的なままで留まっていたのは、神法や自然法思想に基づく王権への制約と同様中世以来の伝統的思想と変わらなくなる。自然法論が「思想」としてのみならず「規範」として、即ち自然法体系として展開されたところに近代自然法論の特質があったように、公共善論も近代法形成の酵母となるためには具体的な規範論として展開される必要があったのである。

しかし、独占事件の判決が、クックが報告したように、裁判官に公共性判断を委ねることであるなら、裁判官を国王に代えることになってしまうのではないか。クックが裁判官に昇進したときに国王ジェームズとの対立が生じたのは当然のことなのである。1607年の国王禁止令状事件でのクックの答が、著名なブラクトンの『国王と雖も、神と法の下にある』という言葉とともに論じた Artificial Reason 論であった。勿論、クックは用心深くこの事件を生前に彼の『判例集』に登載することはなかった。しかし、1615年の『判例集 第11部』に独占事件判例を報告したことが、エルズミアの批判を招くこととなった。その意味では、エルズミアが独占事件におけるクックの公共善論の危険性を鋭く嗅ぎとったといえよう。しかし、エルズミアの批判はクック『判例集』全般に及ぶものであり、この期のコモン・ロー裁判所と大法官裁判所の裁判管轄権争いをめぐるクックとエルズミアとの争いの産物であって、その背後に、サー・フランシス・ベーコンやカンタベリ大司教が控えていて、最終的に1616年、ジェームズによる大法官裁判所の優位の確認とクック裁判長の解任で結着がつけられることとなったことを忘れてはならない。このこのことが、エルズミアのクックの独占事件報告批判の位置付けを困難にしていた。しかし、新たな手稿判例報告の発見と、クック自身の手稿の研究が、この問題に新たな光明を投げかけるようになった。次章で、両手稿を研究したコレ Corr e 論文の

成果を基礎にこの問題を検討してみよう。<sup>(113)</sup>

## 第5章 未公刊手稿本法廷報告の発見

新たな研究の基礎となったのは、1598年ミクルマス開廷期から1604年ヒラリ開廷期までの未公刊の判例報告（BL. MS. Add. 25203）で、チャールズ・グレイが1965年の演習で転写・翻訳したものを、演習に参加したジェイコブ・コレが1996年発表の論文で、クックのノート・ブック（BL, MS. Harl. 6686）、フレミングの草稿（SP 12/286, fols. 111-23）と合わせて検討したもので、その成果は、独占事件研究の新たな地平を切り開くこととなったのである。<sup>(114)</sup>

### 1. エルズミア批判の正しさ 実質論と形式論

コレの研究により、ダーシ対アリン事件の議論の過程がより詳細に明らかとなった（II Pleadings, pp. 1273-1285, III Arguments 1285-1312）が、ここでは、クックとエルズミアとの対立点に絞って検討してみよう。最も興味深いのは、裁判官達は公の場では判決理由を述べなかったことが明らかとなったことである。クックのノート・ブックでは、「決定」の欄外に「ポバム判事が私に語ったことによれば、というのは、彼等が公開で議論しなかった会議で一致したものであったからである」と書き込まれているからである。<sup>(115)</sup> ムーア『判例集』が、クックの議論の後に、突然、ダーシ敗訴の決定がなされているのとも附合する。クック自身のオリジナルなノートにもエルズミアが批判した議論は記されていないのである。従って、エルズミアが批判した、クックが創り出したとする新たな議論、国王は Mala prohibita pro bono publico については、大権によっても法律適用免除し得ないという議論は、判例集編纂の過程で付け加えられたということになるのである（1305）。しかも、争点はトランプの輸入禁止問題ではな

296(296) 法と政治 69巻1号（2018年6月）

かった。アリンが法律効果不発生抗弁で合法性を主張したのは、イングラ  
ンドで製造された半グロス（72組）のトランプの販売であった。従って、  
当該事件でパテントの法律適用免除条項はほとんど問題とされることもな  
かったのである（1306-7）。法律適用免除大権について論じているのは、  
クックとタンフィールドのみであるが、タンフィールドは、アリンの抗弁  
に合わせて、ダーシの独占権を擁護するために、トランプの製造・販売を  
禁止したエリザベスの立法の適用除外条項の有効性について論じており、  
クックが問題とした輸入禁止の制定法については論じていないのである。  
クック自身も、オリジナルなノートに従えば、最初の議論では、女王の法  
律適用除外特権擁護の議論を展開しているのである。このことは、彼が法  
務長官として、開封勅許状を発給する政府側の立場にあったことから当然  
であろう（1308）。次の、ミクルマス開廷期の議論で、クックは、輸入許  
可証について論じ、明確に、女王はトランプ輸入禁止制定法 *malum  
prohibitum* に対し、特定個人を法律適用免除する権限を有すると論じて  
いたのである（1309）。

後の、クックの主張は欄外及び行間の書込みによって構成されている。  
まず、ダーシの訴因陳述をトランプ輸入問題に焦点を当てる形で書込みを  
行ない、ダーシの「トランプの営業・流通独占」の主張を、「王国内への  
外国製トランプの輸入」の問題に書換えているのである（1311）。

クックの判決に関する注記も、後に加えられた欄外注記なのである  
（1311-2）。従って、公開の法廷では、実質的な判決理由が明らかにされ  
なかったというのが真実であろう。実際、国王大権に基づく開封勅許状に  
よる独占の有効性に関する微妙な問題であり、問題のある開封勅許状を発  
給したとすれば女王を補弼する枢密院の責任にもなりかねない問題であっ  
た。エルズミアが述べるように「職業的略式起訴人の訴追から免責するも  
のであり、ダーシに訴権をあたえるものではなかった」という形式的理由

で敗訴とし、1601年議会で沸騰した反独占の議論に応えるのが、最も適当な方法と考えられたのかも知れない。実際、プラウドウン判例集の徴税問題<sup>(116)</sup>をめぐるレニジャ対フォゴッサ事件でも、国王側敗訴の判決を出すことなく、枢密院令で実質的な解決がはかられており、当該事件でもそうした動きがあったのである<sup>(117)</sup>。しかし、実質的な判決理由が与えられなかったとしても、独占勅令後の最初のテスト・ケースの実質的な判決理由が何かは法曹にとって関心の的であったに違いない。エルズミアが実質的理由として挙げた「それ（トランプ製造業特許上）が多くの人々が生計を得ている職業の破壊になると考え、法に反すると判示した」というのは、後の議会で示されたドッドリッジやフラーの同事件に関する理解とも一致している。アリンは、ロンドン市の自由民の特権が勝利したと理解しているが<sup>(118)</sup>、事件は、クック自身によっても、『法学提要 第2部』の独占事件を、「臣民の自由」一般の問題として把握し直されるようになったことが重要なのである。

とするならば、クック『判例集 第11部』の独占事件報告の *Mala prohibita pro bono publico* 論はどのように理解すればよいのだろうか。

## 2. クックの公共善論の形成：1603～1615の間の変化

コレがいうように、未公刊の手稿法廷報告やクックのノート・ブックを分析しても、何時、何故にクックが国王の法律適用免除権限を制限するような「作り物の決定 *fictitious ruling*」を報告しようとしたのかは依然としてミステリーのままに留まっているのである（1312）。

何時かという点に関しては、1603年イースタ開廷期から、1615年『判例集 第11部』出版までの間ということになるだろう。そうすると、その間の事件が、クックに大権による法律適用免除を制限する論理を生み出させたと考えて良いであろう。

大権問題で、先ず問題となる重要事件が、前述した1606年ベイト事件であった。アリン事件で法務長官、法務次官であったクックとフレミングの論理の組み立て方が同事件で微妙にずれてきていることは前述した。実際、独占議会でのセシルの戦術は、独占特許状の合法性の判断をセシル派で占められた国王裁判官に委ねることによって問題の沈静化をはかるとともに、国王収入の合理化を図ることであった。ベイト事件判決は、輸出入品に関する付加関税をコモン・ローによって制限される国王の通常大権と区別される絶対大権として国王の裁量に委ねることによって関税率表改定による総合付加関税賦課政策を合法化するものとなった。

その翌年1607年に国王禁止令状事件でジェームズ王の勘気に触れたクックは、法の優位を主張するために新たな論理を考えていたに違いない。1607年事件の背後には、国王の親裁に訴えたカンタベリ大司教バンクロフトと彼の勧めでローマ法を学び、『イングランド法学提要』、『英法解釈事典』を出版し、ジェームズ王の支援の下、バーコン、フィンチとともにイングランド法とスコットランド法の統一法典化をめざすカウエル等のグループがあった。その意味では、中世末以来、コモン・ロー法学によって築き上げられてきた「臣民の自由」の危機でもあった。しかし、この段階では、ロバート・セシルは健在であり、国王の勘気にも拘わらず、クックが辞職を命じられることもなかった。逆に、1610年議会では、カウエル『英法解釈辞典』におけるローマ法的大権解説が問題とされ、ジェームズ王は『英法解釈辞典』を発禁処分とする布告を出さざるを得なくなるのである。<sup>(119)</sup>他方、セシルの提案したもう一つの国王税収合理化策「大契約」も付加関税論争の余波で吹っ飛んでしまう。

国王禁止令状事件とともに、死後出版の『判例集 第12部』に収められた Case of Non Obstante で明らかなように、クックもアリン事件当初は、法律適用免除大権についてフレミングと同様な意見を持っていたと考

えられる。しかし、ベイト事件以降、公共善判断をコモン・ロー裁判官に委ねることの危険性を感じるようになっていったのかもしれない。しかも、輸出入品への付加関税を国王の絶対大権として、コモン・ロー上の制限から除外することは、トランプ独占のような問題への歯止めとはならない。クックが、独占事件の焦点を、製造・販売問題ではなく、輸入問題へと転換していったのには、付加関税という課税問題にかんするベイト事件の解決方法への不満があったからではないだろうか。『法学提要 第2部』のマグナ・カルタ註解では、第30章が、削除されたジョンのマグナ・カルタ第12条課税協賛権に代る役割を担わされており、その最後で、「乾葡萄に関して設定された付加関税に関して財務府裁判所で判決が下された〔ベイト事件〕。しかし、その判決は法と様々な明文の議会法令に反するというのが共通意見であった。そして、これまで述べてきたことより、それは明白なことで考えられる」としてベイト事件判決を批判しているのである。

第30章では、「全ての商人達」は「如何なる悪税もなしに。古来の正当な慣習的負担によって売買するものとする」とされており、この「古来の正当な慣習的負担によって」という句の註解として、第1に「イングランド慣習法」としてのコモン・ローが、そして、最後の第6番目に、「庶民の同意によって、即ち、議会の権威によって、『公共善のために』譲与された臨時税や慣習的課税」が挙げられている。続けて、「これにより、国王が商人に如何なる新たな付加関税も課し得ないのは明らかなのである」と結論づける。即ち、ベイト事件判決が「法と様々な明文の議会法令に反する」ということは明白なことだというわけである。

ベイト事件判決で、裁判官への信頼が失われたとはいえ、セシルが権力の座にあるかぎり、公共善論を維持し得たかも知れない。しかし、セシル提案する大契約は1610年議会で失敗、1612年のセシルの死亡によりクックは最大の後盾を失い、1616年のクック解任につながることとなる。1613

300(300) 法と政治 69巻1号 (2018年6月)

年出版の『判例集 第10部』(139b) ケイリー事件 Keighley's Case (Mich. 7 Jac, 1) で、キケロの格言「公共の福祉＝安全こそが最高の法たるべし Salus Populi Suprema Lex esto」を引用するのだが、公共善論が両刃の刃となることにも気付いていたに違いない。政敵のベーコンは、ポリツァイ型の警察行政を強化し、コモン・ロー法学を攻撃するために Salus Populi Suprema Lex の格言を利用していたからである。<sup>(120)</sup> クックは公共善判断を国王裁判官に委ねることの危険性も悟っていた。1621年議会活動でロンドン塔に収監され、原稿をも没収されて、1624年以降議会派リーダーに転じたクックは、『法学提要 第2部』のマグナ・カルタ注解で、独占問題を「臣民の自由」論に委ねるとともに、「公共善」の判断を議会最高裁判所に委ねることとしたように思われる。このことが、最終的には、公共善の判断者は国王か議会かという抜き差しならない対立を生み出すこととなったといえよう。

ロック『統治二論』の扉に Salus Populi Suprema Lex という文言が入れられるのはロックの死後の第7版(1772年)からではあるが、ロックは第158節の大権論でこのキケロの格言を引用し、161節まで公共の福祉が行政機関の行使する大権への制限となることを論じていた。それだけではない。立法機関の最高権力性を論じた第135節においても、社会契約上、立法権は生命・自由・財産に関し恣意的権力ではありえないだけでなく、社会の公共善(public good)以外には何の目的ももたない権力であると論じ、立法権力の限界ともしている。この公共善による立法権の制限は第142節でも、人民の福祉(the Good of the People)以外を目的としてはならないとして再説される。まさに、この限界を超えたときに、抵抗権の問題が生じるのである。<sup>(121)</sup>

イギリス革命期の平等派レイズバラ隊の隊旗に斬首されたチャールズ王の上に SALVS POPULI SVPREMA LEX をスローガンとして掲げたの

は、このキケロの格言の窮極の姿を表わしていたのである。<sup>(122)</sup>

まとめにかえて—Context と Decontextualization—

**Mala in se と Mala prohibita との間で＝天賦人權論と人定法との間で**

1602年独占事件の議論を検討してみると、その議論が極めて多層的に展開されていることに気付かされる。『聖書』を基礎に論じられた「働かざるもの、食うべからず」とする議論や「汝は彼の上臼を質に取るべからず、それは彼の生活の糧であるからである」とする議論は、神法論的な生存権論の問題であり、「営業の自由」問題と言うより「生業の自由」を天賦人權論的に展開した議論であった。他方、Damnum absque injuria の格言で示される公正な競争の自由も「臣民の自由」という國法レヴェルで基本権としてマグナ・カルタにおいて確認されている。独占事件で「公共善」論が関わってくるのは、トランプ輸入禁止との関係で、独占権の付与が、寵臣への収益独占の賦与と共に請負料としての物品税化していくからである。大権の恣意的運用によって寵臣＝私人に与えられる「初期独占」を批判し、近代的租税論へと転換する上で「公共善」論が不可欠であったのである。他方、最初に述べた生存権的な「生業の自由」の問題は、「初期独占」に限らず、現代の私的独占も含め、あらゆる生業への圧迫に対抗する論理であった。国王大権に対抗して論じられた「臣民の自由」論は、近代的市民的自由論の先駆けであろう。Damnum absque injuria 論は、市場競争の自由の原型ではあるが、この段階では、絶対王政の流通規制政策の枠内で認められたものであり、未だ社会の中に埋め込まれていたことに留意しておく必要がある。さらに、その外枠が外され、アダム・スミスの個人主義的な市場競争自由が認められるのも、私益の公益への転化という公益論を基礎に正統化されていったことを忘れてはならない。

我が国の「営業の自由」論争を振り返ってみるとき、この多層性を無視



して、「営業の自由」一般として議論枠組を設定したことに論争の混迷の原因があったのかもしれない。<sup>(123)</sup>岡田与好氏の法律学批判の原点が、「法人の人権性」論にあるとしたならば、下山瑛二氏が人権を自然人に限定する議論を展開した時点で論争は終わっていたのかもしれない。<sup>(124)</sup>しかし、独禁法問題を現代法的現象として把握する法律家の段階論的把握、資本主義社会理解への批判は残されていたのである。<sup>(125)</sup>渡辺洋三氏が1980年の論文で「反独占法理を競争原理を根底にもつ市民社会論に求めるか、国民経済＝公共の福祉論に求めるか、この両者の関係を如何に理解するかについては、「営業の自由」論争以来、なお結着がつけられていない」と論じられているのは、二層構造で把握されているという点では議論の進展があるのだが、議論枠組自体が逆転しているように思われる。「反独占法理を競争原理を根底にもつ自由主義経済に求めるのか、現代法的現象として経済法・社会法的視座で把握するのか」が問われていたのであろう。その意味では「公序 Public Policy」という言葉の理解のされ方にも大きな問題があったのかもしれない。問題は、むしろ、「公序」と「公共の福祉」の把握の仕方であったのであり、論争の発端は、渡辺洋三「公共の福祉と基本的人権」『思想』480号（1964.6）にあったのかもしれない。<sup>(126)</sup>「公序 Public Policy」とは、岡田氏がホールズベリー『英法辞典』38巻から引用しているように「基本原則」とも読替えうるものなのである。法学の世界でも、公序良俗に反する契約は無効なのである。それ故に、岡田氏の主張は、「営業の自由」は、資本主義社会の基本権ではあったとしても、普遍的人権ではないという理解なのである。

この岡田氏の主張それ自体は、新しいものではない。ウェーバー流に言えば、「個人所有権の不可侵性・契約の自由および職業選択の自由」といった「その他の『人権』・『市民権』または『基本権』」は、「原理的に第一次的な『人権』」（＝「良心の自由」）に「付随するもの」なのである。<sup>(127)</sup>後の

合評会で、「経済的自由を考える場合は、いろいろな次元がある」「解釈論を立てるときに、経済的自由について人権としての部分が全くないというつもりはない」、ただ、これと「精神的自由」とを区別しなくちゃいかん、これは大前提だ」とされた議論とも附合するであろう。

むしろ、問題は、当初この区別をする際に、「わが憲法におけるいわゆる人権規定は、国家からの自由＝市民的自由としての厳密な意味での人権宣言部分と、日本国民の構成する社会の基本的「公序」＝政策原則の宣言の部分とから構成されており、学問の自由（23条）、国民の生存権（25条）、教育を受ける権利（26条）、勤労者の団結権（28条）に関する諸規定は、後者の「公序」の宣言とみなされるべきである」と理解されたことが、「公序」という言葉への「誤解」とも合わさって大きな論争を生じさせることになったように思われる。しかし、逆に、「基本権」という言葉で語られれば、大きな議論とはならず、逆に、その批判的意味は減殺されていたのかも知れない。

独占事件との関連で言えば、『聖書』に基づいて神法論として主張された「生業の自由」に関連する「生存権」の問題を、人権概念から除外したことが問題であろう。確かに、近代社会は、国家が資本主義化を押し進める過程で、即ち、岡田氏流にいうなら「自由を強制する」過程で、修道院を解散し、村落共同体を解体し、イエ共同体を解体し、個人が前近代社会で依拠してきた生存基盤を奪ってきた。このことによって、ミレーの「落ち穂拾い」が社会主義的だと批判されるような逆転現象が生じるのである。寡婦の落ち穂拾いの権利は村落共同体で保障されていたことが忘れられているのである。また、穂積陳重が『隠居論』で、「西隠は社会に隠れ、東隠は家に隠れる」と論じたように、東洋では前近代社会では老人扶養はイエ共同体の責任とされてきた。私の大学時代までは「北帰行」の世界もそれほど遠くはなかったのだが、今や帰るべきイエ共同体などないのである。

法が権利体系として語られるのはグロティウス以降のことであるが、それ以前に、生存保障の体制がなかったわけではない<sup>(128)</sup>。国家によって保障される権利としての生存権という言葉で語られなかっただけなのである。近代国家が生存権を保障する責任が生じたのは、自ら推進した自由主義化の結果として理解しうるであろう<sup>(129)</sup>。

法学者の側で、「法人の人権論」批判を、一早く受入れる形で「営業の自由論争」を整理され、中島茂樹『『営業の自由』論争』で、「岡田氏の問題提起に対するさしあたりの回答」と評価されたのが前述の下山論文である。このことは、下山氏が『人権の歴史と展望』で生存権を基礎に人権論を人類史的視野で論じる試みをされていたことに関連しているのかも知れない<sup>(130)</sup>。岡田氏は、下山論文に直接的に言及されることはなかったが、前述の「経済的自由を考える場合は、いろいろな次元がある」「解釈論を立てるときに、経済的自由について人権としての部分が全くないというつもりはない」とされる議論は、生存権的な「生業の自由」という次元での「営業の自由」について下山氏的な議論を意識して語られていたのかも知れない。

渡辺、岡田両氏共に、近代法・自由主義経済の枠内での議論をされていたのだが、人権という普遍的な、即ち、時代に制約されない概念を持ち出す場合には、もう一步踏み込んで、人類史的な層にまで議論を及ぼすべきではなかったろうか。その最下層までおりて、その最良の鉱石を歴史的な文脈から切り離し、現代の文脈で生かす術を考えるのが人間の知恵であろう。

最後に、上記「合評会」では大きな問題とはならなかったが、岡田氏の問題提起の「学界の権威者のあり方」への批判という側面も見ごせな<sup>(131)</sup>い。川島武宜の「科学としての法律学」が、経験科学として裁判官の判決予想科学化していったことに問題性はなかったのだろうか。確かに、法学は権威依存的学問なのであるが、批判法学としての学問性を失えば、単な

る知的パズルに墮してしまい、最早、正義の学ではなくなってしまうということへの警告とも理解できるのではなかろうか。<sup>(132)</sup>

追記：本稿は、筐底にしまっていた20年以上の前の草稿を基礎にしている。大学院以来御世話になった松井先生の退職記念号として失礼かも知れないが、親しくして戴いた島根大学時代の思い出も込めて、新たな部分も加え修正の上発表することとした。新稿は、2018年1月17日（水）に開催された関西学院大学基礎法月例会で発表し、さらに、修正を加えたものである。研究会に参加戴き、貴重な意見を戴いた先生方にも感謝したい。

## 【資料 1】

クック『リトルトン注釈』

L.2.C.11. Sect. 172 Of Villenage

[116.a.-117.b.]

如何にして、如何なる原因で、隷農身分や隷属身分が始まったのかについては、以下のごとく述べられている。「邪悪な意図から人によって隷属状態が導入された。しかし、自由は神によって人間の本性に植え付けられたものなのである。それ故に、人から自由そのものが取り去られても、自然的自由が奪われた場合にすべての人がそうするように、人は常にその状態に戻ろうとするのである。Ab homine et pro vitio introducta est servitus. Sed libertas a Deo hominis est indita naturae. Quare ipsa ad homine sublata, semper redire gliscit, ut facit omne quod libertate naturali privatur」[i] また、別の人は、自由な状態から束縛状態への隷農身分の状況は、古の時代に、万民法から成長したと述べた。[k] 「人々は捕虜となり、万民法によって奴隷となったのである Fiunt etiam servi homines captiviate de jure gentium」[l]、従って、自然法上のものではないのである、ノアの洪水の時代以降、全てのものが共有で、自然法の下に暮らす全ての人に同じように自由であった。しかし、人々の増加により、共有であったのものを自分の私的なものにすることが戦争を生じさせることとなった。その後、万民法によって何人も他人を殺してはならないと命じられた。しかし、戦争で捕らわれた者は、捕獲者によって永遠の束縛されることとなった。捕獲者は彼を彼から生じたものとともに意のままに処

[i] フォーテスキュー『英法礼賛』第42章

[k] 『フリトン』第31章

[l] 『フラクトン』第1巻第6章、『フリータ』第1巻第3章、『裁判官鑑』第2章第18節

分することとなった。丁度、彼の動物や他の動産資材と同じように与え、売り、殺したのである。幾人かの領主の残酷さの故に、後に、如何なる人も彼らを殺すべきでないと言われた。かくして、彼らの生命も四肢も、自由人のものと同様に国王の手中に保護されるようになったのである。従って、自らの隷農を殺害した者は、自由人を殺害した場合と同じ判決を受けるべきなのである。このことから、彼らは、供えられたからではなく、主人に殺されることなく、救われたものであるので、 *servi, quia servabantur a dominis et non occidebantur, et non a serviendo* セルヴィと称される。そして、彼らは *villanus* と称されるのは、村区 *in villis* で彼の隷農としての奉仕を行うからである。

〔『新令状論』77.F.〕『プラクトン』第1巻第6章、『プリトン』第31章及び前掲箇所。『フリータ』第1巻第2章及び第3章

〔m〕『裁判官鑑』第2章第18節→28節

〔n〕『裁判官鑑』第2章第18節→28節、創世記9章第21誦、第22誦等

「自由とは、法や力によって禁じられていない限り、各人が欲するままになしうる生まれながらの権能である *Est autem libertas naturalis facultas ejus quod cuique facere libet, nisi quod de jure, aut vi prohibetur.*」〔隷農身分は万民法によって定められたもので、それによって人は自然に反して他人の支配に服するのである。 *Servitus est constitutio de jure gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subjicitur.*〕そして、さらに「自然法に従えば全ての被造物は自由であるべきなのだが、それにもかかわらず、制定法と人間の行為によって、御猟林の狩猟獣、養魚池の魚、籠の鳥のように奴隷化された別の被造物となったのである。〔m〕 *Et tous soyt que tous creatures duissent este frank solonque le ley de nature, per constitution nequidant, et fait de homes sont autre creatures enservies, sicome est dit beasts en parkes, pissions en servors, et oyseux en cages.*」〔n〕束縛や隷属は親を辱めたことから課されたことは確かである。なぜなら、カナン（彼からカナン人が生じた

のだが) の父、ハムは彼の父ノアの裸を見て、物笑いの種として彼の兄弟たちに明かしたために、彼の息子カナンは罰せられ僕となったのである。この点では神学者とも合致している。「葡萄酒が発明される以前には自由が揺るがされることはなかった。酩酊さえなければ、今日の奴隷身分もなかったのである Ante vini inventionem inconcussa libertas. Non esse hodie servitus, si ebrietas non fuisset.」  
[アンブロシウス]

### 『ブラクトン』第一卷第六章 人について

「自由とは何か

『自由とは法もしくは実力によって禁止されていない限り、各人に為すことが許されている生まれながらの権能である』。しかし、もしそうであるならば、奴隷も自由であることになる。なぜなら、彼らも法や実力によって禁止されていないかぎり自由な権能を持っているからである。しかし、自由は自由を創造した法によって定義されているのであって、そのおかげで自由と称されるのである。なぜならば、奴隷は万民法にによって奴隷なのであって、自然法上は自由であるのであるから、奴隷は解放することができるのであるが、このように、自由であるとか隷属しているというのは、見方によるものであって、上述のごとく、完全に自由であるか、完全に隷属しているかのいずれかであって、部分的に自由とか不自由とかいうわけではない。市民法や万民法はこのようにして、自然法から引き出されるのである」

### ユスティニアヌス『法学提要』第一卷第三章 人の法 一節

「人の法における第一の区分は、自由人と奴隷への区分である。人が自由人であると称されるとき、その自由とは力乃至法によって妨げられない限

り、自らの欲することをなしうる自然的能力のことである。奴隷とは、万民法上の制度であって、自然に反して人を他の人の支配に服さしめるものである。奴隷という呼称は、將軍達が、捕虜を殺す代わりに、売却するために生かしておくように命ずる慣行に由来する。それ故、彼らは手中物とも称される、なぜなら彼らは強力な手によって敵から奪われたからである。]

『学説彙纂』第一卷第五章 人の身分 第四節

「フロレンティウス『法学提要』第9巻：自由とは法乃至力によって禁止されていない限り、人の欲するままに為しうる自然的能力である。1. 奴隷は万民法上の制度であって、それによって、人は自然に反して、他人の支配に服さしめられる。2. 奴隷（Serui）と称されるのは、將軍達は捕虜を売却する慣わしがあり、それによって殺害するより、生かしておく（seruare）からである。奴隷達が手中物と言うのはよく言ったもので、彼らが敵の手に捕らわれているからである。」

Florentius libro nono institutionum. Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid ui aut iure prohibetur. Seruitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur. Serui ex eo appellati sunt, quod imperatores capituos uendere ac per hoc seruare nec occidere solent: mancipia vero dicta, quod ab hostibus manu capiuntur.

注

- (1) 堀部政男「イギリス革命と人権」東大社会科学研究所編『基本的人権 2 歴史 I』（東京大学出版会、1968）所収340頁、346頁注（9）参照。戒能通厚「イギリス市民革命と法」『資本主義法の形成と展開 1』117-119頁。後世のこのような評価は「古き畑に新しい穀物が実る」という格言を好んだクックの望むところであったかもしれない。クックについての評伝は多いが、邦語で近づきやすいものとしては、クリストファ・ヒル『イギリス革命の思想的先駆者たち』福田良子訳（岩波書店、1972年）第



5章 サー・エドワード・クック—神話の創始者, 391-460頁。同『ノルマンの軛』紀藤信義訳(未来社, 1960年)参照。ヒルのクック評価によれば、「彼はイングランドの法を体系化し、その過程において、法の自由主義化を推し進め、法を商業社会の要求に適したものに広げていった」②「イングランドの憲法に関する歴史的な神話がイングランドの人々に与えられた」というのである。ヒル, 前掲書, 445-6頁。本文の評価はヒルのクック理解の影響もあるといえよう。バターフィールド, ポーコックのクック評価に関しては, 拙稿「クック『マグナ・カルタ註解』覚書」『法と政治』67巻(2016)参照。我が国の法学者の研究としては石井幸三「コウクの法思想」『阪大法学』第94号(1974), 近年の研究としては, 戒能通弘『近代英米法思想の展開』(ミネルヴァ書房, 2013)等を参照。

尚, アメリカ帰りの研究者がコウク, コークの表記を広めたが, 正しくはクック。外国人名の正確なカタカナ表記は困難だが, BBC Pronouncing Dictionary of British Names (OUP 1971)によればクックである。クックと同時代の名前の表記方法及びノーフォーク地方の訛については, Cuthbert William Johnson, *The Life of Sir Edward Coke* (London, 1837) vol. 1 p. 10 に詳しい。クック家の紋章「蹄鉄を啞えた駝鳥」は, 正義の寓意であるとともに, 難しい事件を理解しやすく調理 Cook することを意味している。アメリカでは, コカコーラの影響が強いのか, 現在でもコウクと発音されることが多いが, ノーフォーク州出身イギリス人クックについては, クックと表記するのが望ましいことはいうまでもない。

クックの評伝としては, Catherine drinker Bowen, *The Lion and the Thorne: The Life and Times of Sir Edward Coke* (Boson, Toronto, 1956), 最近のものとしては, Allen D. Boyer, *Sir Edward Coke and the Elizabethan Age* (Stanford Univ. Press, 2003)を参照。本格的な研究は少ないが, そのなかで, 議会派のリーダーとしての活躍時期に限られてはいるが, Stephen D. White, *Sir Edward Coke and "The Grievances of the Commonwealth" 1621-1628* (Univ. of North Carolina Press, 1979)が優れている。また, 最近の研究としては, David Chan Smith, *Sir Edward Coke and the Reformation of the Laws* (Cambridge U. P., 2014), *Magna Carta との関係では, Sir John Baker, The Reinvention of Magna Carta 1216-1616* (Cambridge U. P., 2017) Ch.9 Sir Edward Coke and Magna Carta 1606-1615 pp. 335-409を参照。クックの時代を扱う予定の David Ibbetson 担当の *The Oxford History of the Laws of England* vol. 7, 1558-1625 は未刊。

(2) クック「マグナ・カルタ註解」深尾裕造・松本和洋訳『法と政治』66

卷4号（2016）989-990頁参照。クックはこれ以外にも、自由について格言的定義を行っている。マグナ・カルタ第1章の教会の自由の註釈では、「教会の自由」は不当な徴収，抑圧「から免れている（be freed from）」の意味であり，合法的義務は負うものと解釈している。「ここでの libera は liberata と解釈すべきであるからであり，また，これまで言われてきたように，本憲章はイングランドの古き法と自由の宣言であって，それ故に，これによっていかなる新たな自由も与えられたわけではなく，以前に合法的に持っていたものの回復にすぎないからである。したがって如何なる権力によってで篡奪され，侵害されたものも解放される」のである。

「Libertates suas illaesas の解説としてリベルターテスはここでは二つの意味で解釈される。1. いわゆるイングランドの諸法である。なぜなら言われてきたように，諸自由を生み出すからである（liberos faciunt）2. それらはここでは議会，特許状，時効によって通常のもの以上のものとして保持されている諸特権と解釈される」のである。

「omnibus liberis hominibus regni」については，「これらの言葉は全ての聖職者，俗人，法人，自然人を含み，それぞれが隸農にまでも及ぶものである。なぜなら彼らは領主に対する場合を除いては，すべての人に対して自由（free）であると見なされるからである。」

「司法裁判所もまたリベルターテスと称される。なぜなら，そこで<諸自由を生み出す（que liberos faciunt）>國法が施行されるからである。」

法的な権利概念としての自由権は形成期にあって，物に対する権利としての所有権と人に対する権利としての自由権は区別して用いられている。クックが起草した権利請願も，原案段階での法案名は，「全ての自由人の財産の所有権と人身の自由権（the propriety of his goods and liberty of his person）をより良く保障するための法律」とされ，権利請願段階では「臣民の様々な権利と諸自由権（diverse rights and liberties）に関する」請願とされている。

Rights が物に対する所有権的権利，Liberties が人の自由権を刺しているのはあきらかであろう。この二概念は熟語的に使用されながらも，「権利章典」でも使用され続ける。「権利章典」の正式名は「王位継承を定め臣民の諸権利と諸自由権（the rights and liberties of the subject）を宣言する法」なのである。

「臣民の自由」が臣民の相続財産として所有権的に主張されたのも，権利概念が相続財産権を基礎に成長してきた故かも知れない。

ホブズは，法的な権利概念としての「臣民の自由」概念には否定的で

ある。彼は、この「臣民の自由」概念と古典古代の自由概念との相違について、古典古代の著者達が「かくもしばしばたえ、論じてきた自由は諸個人の自由ではなく、コモン・ウェルスの自由なのである。」として鋭く注意を喚起している。ホップズ『リヴァイアサン 2』水田訳（岩波文庫）92頁。

クックの自由権定義の中で、最も興味深いのは『法学提要 第1部』で、隷農保有との関係で、『ブラクトン』を通してローマ法から借用したフロレンティウス法文「自由とは法もしくは実力によって禁止されていない限り、各人に為すことが許されている生まれながらの権能である *Libertas est naturalis facultas ejus quod cuique facere licet, nisi quod de jure aut vi prohibetur*」(Co Litt. 116)である。【資料1】参照。

自由概念の、生まれながらの＝自然的能力 (*Naturalis facultas*) から、法的権利への転換はすでにホップズ以前にクックによって為されていたのである。大陸においては、同様な転換をグロティウスが『戦争と平和の法』第一巻第一章第四節以下において同じ法文で *facultas* を、配分的正義＝適正 *Aptitude* と区別された厳格な意味で *Ius*＝権利概念と読むことによって成し遂げていた。そこでは、①人の権利を *potestas*＝他人に対する支配権と自分自身に対する支配権 *libertas* に概念区分するとともに、②物に対する権利を所有権 *dominium* と債権 *creditum* に概念区分している。他方、私権を *particularis usus* として *facultas vulgaris* と位置付ける一方、公権を *bonnum commune* として、*facultas eminens* と称している。後に、論じるクックの公共善論との関係でも興味深い。

- (3) 前注でホップズとの関連では、イタリア諸都市における自由概念の主張と既存の國制の擁護との密接な結び付きについては、Quentin Skinner, *The foundation of modern political thought, vol. 1: the Renaissance* (Cambridge U. P. 1978) pp. 6-7.

国王大権から授与・時効を通して獲得された諸特権 (*franchises*) さらには、平和維持者としての国王によって与えられる免責諸特権 (*privileges*) には、「(「重罪犯、法外放逐犯等の犯罪人の動産、家畜のように国王の贈与によって臣民が有する特権と(難破船)漂着物、(盗品)放却物、(逸失家畜)のように時効によって臣民が主張しうる特権とがある。この区別の基礎は時効取得が可能か否かというコモン・ロー理論上の区別による。1 Inst 114a-b の時効論では、*franchises and liberties* として説明されていた。

- (4) 堀部, 前掲論文 356-7頁。より正確に言えば「臣民の自由」という

概念が単数形で使われたことが記録されているのは、デイヴナント対ハデイス事件ではなく、むしろ、後の「独占事件」においてであった。堀部論文における、デイヴナント事件の引用は『独占事件』における、クックの説明からの引用であり、デイヴナント事件を直接に報告したモーアの判例集には「臣民の自由」という語はでてこない。本論で紹介した『法学提要 第2部』の有名な自由の定義も、クックが議会派のリーダーとなつてからのものであり、Davenant vs Hurdis 事件については自らの判例集で報告することもしていない。独占事件でも法務長官として女王の授与した独占特許を擁護する立場にあり、そうした立場から独占特許擁護の論陣をはっており、独占事件を『判例集』に報告するのも相当後になってからのことなのである。

堀部氏の紹介にもあるように、「臣民の自由」という表現については、1601年議会でセシルが、「将来への注意」として紹介した巷の声との関連で現れてくる「何でも公開すればよいというわけではない。なぜ議会の問題が巷の日常の話題となるのか。私は「神よこれらの独占の打倒に邁進している人々に栄えをもたらしたまえ」「神よわれわれのリバティを侵害しない国王大権を遣わしたまえ (God send the Prerogative touch not our Liberty !)」という言葉が大声で語られているのを、馬車に乗っている時に、この耳で聞いたことがある。彼が本院の一員ではないかと想像してもそれほど間違つてはいないであろう。貴兄達に以下の忠言を与えよう『これほど無秩序にむかい、良き意味が悪く解釈されるような時代はなかったであろう』。私はこれらの人々はすべての主権が民衆に転換したら喜ぶ輩であると考え。ここにいる我々 [=議員] は民衆の口にすぎず、我々のリバティは臣民のリバティ (our liberty, the liberty of the subject) なのである。世間は誹謗中傷に陥りやすく、とりわけ政府の大臣達は誹謗中傷されやすいのである」とむしろ、警戒心を込めて語られているのである。堀部、前掲論文 361-2頁、Cobbett's Parliamentary History of England, vol. 1, (London, 1806) col. 936.

実は、これが「臣民の自由」がその抽象的な形式で、即ち、複数形でなく、単数形で語られた最初の例とされている事態であった。David Harris Sacks, 'Parliament, Liberty and Commonwealth' in J. H. Hexter (ed.), *Parliament and Liberty from Elizabeth I to the English Civil War* (Stanford, CA, 1992), p. 94 n36. セシルの言葉は、極めて意味深長であるが、政治の用語から法律用語となる変わり目にあるように思われる。

その意味では、堀部氏が、「現段階では「臣民の自由」という主張が

「初期独占」を廃棄する闘争のなかから生まれてきたとまでは断定できないとしても」と留保をされながらも「この当時の記録からすでに明らかのように「臣民の自由」「営業の自由」という主張が、独占との関係において（とくに、それに対立する概念として）なされている」ことに注目されたのは、「営業の自由」の理解は課題として残るものの、卓見であったといえよう。我々は、この時代からクックの『法学提要 第2部』出版の時まで、法律概念としての自由権概念の形成期にいたのである。

(5) 堀部, 前掲論文 355-7頁。堀部氏は、他方でこのような「イギリスにおける人権」は「国家権力と権力の支配をうける人民との対抗関係のなかで生まれてきた」のであって、「普遍的・超歴史的な人権（思想）の存在を前提としたうえで、国家がそれを保護する役割を担うと考える自然法思想（たとえば、ロック）では、イギリスの市民革命期における人権の成立を説明することは不可能である」と断じられているのである。

(6) 堀部氏は「我が国においてダーシ事件はほとんどとりあげられていないが、イギリスにおいては、この独占事件は三世以上にわたって、モン・ロー上の著名な判決の一つであると見られているのである。したがって本件に関しては、更に綿密な検討を必要とするが、それについては別稿に譲りたい」と論じられていた。堀部, 前掲論文, 357頁

全く取り上げられていなかったわけではない。砂田卓士「Monopoly 理論における Restraint of Trade の法理」『英米私法論集 末延三次先生還暦記念』（東大出版会, 1963）。また、ダーシ対アリン事件には直接触れてはいないが1601年の議会の反独占論争を中心に検討を行なった紀藤信義『イギリス初期独占の研究』（御茶の水書房, 1963年）がある。

(7) 堀部氏自身のまとめにもあるように人権論は市民革命論に焦点を合せた形で展開されるか、もしくは、自由権の問題はロック、政治思想史に引きずられる形で展開されてきた。前掲論文 378-381頁。経済史の側からみれば、反独占運動、「初期独占」をめぐる問題であるということではほとんど無視されてしまったように思われる。その後成立した独占禁止法も岡田氏が大塚久夫氏の研究によりながら「初期独占はマカロックの主張するように1624年の『大独占禁止法』によってではなく、1640年を起点とするイギリス革命を通じてはじめて、国民的利益に反するものとして廃止されるに至ったことも、すでに良く知られているところである」と論じられた。こうした経済史学者の「初期独占」への評価が実定法学者に影響を与えたのかもしれない。しかし、「営業の自由」=人権派からすれば、営業の自由が「臣民の権利」として最初に論じられた『独占事件』の本格的分析は

欠かすことが出来ないはずであった。

「人権」対「公序」という誤解の生みやすい対立軸の設定、「営業の自由」という問題設定と定義の問題、独禁法改正問題を背景とする中で科学と実践という議論設定の仕方等、現代法論争を背景とする中で段階論的論争枠組の設定の仕方に大きな問題があったのかもしれない。憲法的に保障されたものがすべて「天賦の人権」というわけではない。ウェーバーのいうように「良心の自由」という第一次的人権と、個人的所有権の不可侵・契約の自由および職業選択の自由という付随的人権とは区別されるべきなのである。上山安敏『ウェーバーとその社会』（ミネルヴァ書房、1978年）321-2頁。

(8) 堀部政男「イギリス革命と人権－『営業の自由』の成立過程」『基本的人権 2 歴史 I』（1968）、岡田与好「『営業の自由』と『独占』および『団結』」『基本的人権 5 各論 II』（1969）、渡辺洋三「法学と経済学－岡田論文を手がかりとして（一）、（二）」『社会科学の方法』12,14（1969.12, 1970.5）。初期の論争を岡田氏の側から整理したものとして、岡田「『営業の自由』論争におけるわたくしの立場」『競争と結合』（蒼天社出版、2014）42頁以下参照。『資本主義法の形成と展開』3巻（1972-73）は、論争の「中間展望台」として企画され（1 vi-vii）、各巻毎に、1. 資本主義と営業の自由 2. 行政・労働と営業の自由 3. 企業と営業の自由と副題が付されていた。宮崎良夫「『営業の自由』と営業警察」『資本主義法の形成と展開 2』（1972）では「歴史学的方法」と「法学的方法」という研究方法の差異として理解されている（1-3頁）。「[法学的方法]の下では、「営業の自由」の法的権利性を如何に理論構成し、論証するかが主要課題とされたことは疑いない」。その場合、人権性の問題ではなく、政策の法化の問題で十分なはずであった。この議論の背景として、独禁法改正問題と渡辺洋三氏の「公共の福祉」論批判があった。問題は、職業選択の自由＝営業の自由＝企業の経済活動の自由とする理解にあったのだが、岡田与好氏「公序」論そのものへの誤解は解かれないうままに、「独占事件」の検討も深められず終わったように思われる。

(9) 渡辺洋三「法学と経済学－岡田論文を手がかりとして（一）、（二）」『社会科学の方法』12,14（1969.12, 1970.5）が、法学者の側から論争の口火を切ったのだが、渡辺洋三「総論」『マルクス主義法学講座 ブルジョア法の基礎理論』（日本評論社、1980）で、論争を「反独占法理を競争原理を根底にもつ市民社会論に求めるか、国民経済＝公共の福祉論に求めるか、この両者の関係を如何に理解するかについては、「営業の自由」論争



以来、なお結着がつけられていない。・・・本稿では、まだ理論的整理ができていない。しかし、いずれにせよ、現代法理解の根底にふれる問題であり、今後一層理解を深める必要がある」と論じられていた。同論文で示された、市民法—ブルジョワ法という枠組が上記問題を解決する枠組として構想されたのかも知れないが、残念ながら、その後「営業の自由」論争の研究を深める議論が展開されることはなかった。

尚、同講座で長谷川正安氏は「『職業選択の自由』とは職業を主体的に行なう自由、すなわち営業の自由と同じに解すべきものだと考えている。私が人権宣言そのものが使用しているわけではない『営業の自由』という用語を採用したのは、それが『職業選択の自由』より人権宣言の規定に相応しく、誤解を生じさせないと考えたからである」と論じておられる。ここでは、「営業の自由」とすることが、法人に「企業活動の自由」という「人権」を賦与することの正統化に繋がり兼ねないことへの反省はみられない。この点に関する下山瑛二「独占の法的考察・覚書」『法の科学』2（1974）の批判は等閑視されている。

丹宗論文では営業の自由の問題を、売り手と買い手との間の取引の自由と売り手間の競争の自由の問題に分け、従来の「営業の自由」論は前者の視点から論じられていたが、むしろ、後者の視点からは競争の自由を活発化させるべきであると論じる。丹宗昭信「経済活動の自由と独占禁止法—「営業の自由」と独占禁止法との関係をめぐる論争と関連して—」遠藤博也編『公法と経済法の諸問題 下』（有斐閣、1982年）149-176頁。

岡田与好氏の1985年に発表された論争の総括については、岡田与好『経済的自由主義』（東京大学出版会、1987年）に序論として収められている。

- (10) その中で、本間重紀氏が「下からの国民による民主的規制と独禁法的規制との異同についていえば、市民革命期の営業の自由やこれを継承した産資段階の営業制限の法理は主観的な人権もしくは権利性、すなわち市民が私訴によってこれを達成するという裁判規範の性格をなおもっていたが、これを歴史的源泉として成立した反トラスト法の段階ではかかる主観的権利もしくは人権性を直接には失って、公序＝経済秩序を担保するものに変質したのである。」p. 31 と簡潔にはあるが総括されているのは、その当否は別として、学問的には誠実な態度として評価されよう。本間重紀教授略年譜ならびに著者目録『静岡大学法政研究』6巻3号（2002）813-827頁

- (11) 歴史研究からの撤退それ自体を批判しているのではない。しかし、渡辺氏が「法の科学」として社会科学としての法学を標榜する以上、法律学

の科学性をどこに求めるべきか、学問性の再措定をなすべきではなかったか。

実践知を扱う法律学が、「現象を救う」ために現状分析の重視へと、もしくは、既存の権威的法学説と「噛み合う」論議へと方向転換していったこと自身は学問の一つの在り方を示すものであって、そのこと自体に問題があるわけではない。問題は、「科学としての法律学」乃至『法の科学』を標榜する民科法学が、自らの法学の学問的性格の再措定も行わないままに、歴史研究から、即ち、社会科学からの撤退を開始したことにある。

渡辺洋三『法を学ぶ』（岩波書店、1986）20頁、『法律学への旅立ち』（岩波書店、1990）144-153頁参照。ここでは法律学を科学と峻別することに重点が置かれている。

- (12) 岡田与好『独占と営業の自由－ひとつの論争的研究－』（木鐸社、1975）ii頁。この岡田氏の総括が正しかったのか、それとも「人権」か「公序」という「法学者」の側の論争枠組の設定の仕方が正しかったのかは、「営業の自由」論争後の、岡田経済史学及び渡辺法律学の「社会科学」としての研究の発展を跡付けることによって評価できるであろう。『資本主義法の形成と展開』を契機に、民科法律学が歴史研究からの撤退の始めることになったのは決して偶然ではないように思われる。「営業の自由」論争は、「営業の自由」の法的性格を巡る論争と言うよりは、より正確に言えば、社会科学者たることを標榜する実定法学者とその社会科学的認識を問題とする経済史学者の間で生じた論争であったからである。論争成果がでないことについて、論者達が思いのほか狭い範囲で議論していたのではないだろうか、紀藤論文やクックと経済的自由主義論争にも触れられていない。

渡辺論文では、「営業の自由」の定義が問題とされ、「営業の自由」と「契約の自由」の対立・衝突が二つの公益の衝突として指摘された後にも、「営業の自由」を「広い意味で人間が経済活動を行う自由」「＜契約・取引の自由はもちろんのこと＞、その基礎となっている財産権の自由、所有権の自由を含む」（傍点筆者）ものとして議論しようとしている。これでは学問的論争とはならない。「営業の自由」の概念と「契約の自由」の概念を区別できないで、いかにして社会科学的な歴史的認識に到達できるのか理解できない。

- (13) 本論稿の大半は20年以上前、島根大学奉職当時に準備されたものであるが、筆者の怠慢と力不足の故に完成させることができなかった。現在では、論争当事者である渡辺洋三氏、岡田与好氏共に亡くなってしまった。



岡田氏の側からは岡田与好『競争と結合』（蒼天社出版，2014）遺稿集を編纂された大沢真理氏の「解題」で「営業の自由」論争を総括し、「職業選択の自由」と「営業の自由」とを区別すべきという岡田説の要点は憲法学説に受入れられ、「公序」論に関しても樋口陽一氏，石川健治氏の議論を紹介し、「憲法学が岡田説に“追いつく”のに30年以上の月日を要した」と論じている。他方，渡辺洋三追悼論文集 戒能通厚，原田純孝，広渡清吾編『日本社会と法律学：歴史，現状，展望』（日本評論社，2009）では、「営業の自由」論争に直接触れた論稿は，樋口氏の回想的エッセーのみに留まっている。私自身は，広渡清吾「渡辺法学の構図」二，渡辺法学の展開あるいは転回を，もう少し「営業の自由」論争と関連付けて検討していただければ，渡辺法学の転回をより鮮明に跡づけることができたのではないかと考えている。

- (14) 戒能論文においても，この期の「公共善」論の重要性が一つの文脈を形成しているのであるが，ただし，重商主義イデオログとの関係での分析として議論されるに留まっており，「営業の自由」論からは離れて議論された論文においてはやむをえなかったかもしれないが，クックの法思想と公共善論との関係については触れられることはなかった。戒能通厚，前掲論文参照。
- (15) クックに偏向があるとすれば，むしろ現代人の目からではなく，立場の明らかな同時代人の理解の仕方からの距離で計ったほうが正しく測定できるであろう。
- (16) Donald O. Wagner, 'Coke and the Rise of Economic Liberalism' 6 *Economic Historical Review* pp. 30-45.
- (17) 実は，クックの偏向が強く言われながら，後述のエルズミアによるクックのレポートの検討がほとんど利用されていないのは奇妙である。
- (18) ヒルは，その注にワグナー論文を引用し，「この節でのクックからの引用はすべて，他に指示のない場合には，ワグナー氏の論文からの引用である」と注記した。ヒル，前掲書，417頁注（3）。
- (19) Barbara Malamant, "The 'Economic Liberalism' of Sir Edward Coke" *Yale Law Journal* 76 (1967) 289-98. 論争のまとめについては，以下のホワイトのまとめを参照。Stephen D. White, *Sir Edward Coke and "The Grievances of the Commonwealth", 1621-1680* (Univ. of North Carolina Press, 1979), pp. 115-141
- (20) 独占問題には，独占権の根拠とされる国王大権に基づき発給される開封勅許状の問題，とりわけ，法律適用免除特権の問題があった。ペーコン

は、後述の1601年議会演説(11.20)で「独占のこれらの多様な性質については、民訴裁判所で侵害訴訟に基づき審理されてきており、裁判官達は諸特権がコモン・ウェルスに有益であると認定したときには許可し、そうでない場合には認めないであろう」と論じていた。また、「女王陛下御自身は(前議会以来)彼女の法務長官 [=クック]に多くの独占を財務府裁判所で審理するように命じられている。それ以降、私の知る限り15から16の独占勅許状が撤廃されている。幾つかは、請願によって女王陛下に為された苦情に基づく、女王陛下の名指しの命令によって、また、別のものは財務府裁判所の権原開示訴訟によって撤廃された」としている。William Hyde Price, *The English Patents of Monopoly* (London, 1906), p. 154-5. ベーコンの分析については、リップソンの独占の分類参照。新発見、新技術導入による独占ではなく、許可証・刑事免責によって法の厳格性に対立し、コモン・ウェルスには有益であっても私人に委ねられれば濫用の危険がある独占、酒場等への監督権限を賦与し、産業を育成するものではなく、特権者を富ますだけの独占、既存の産業の中に独占賦与し、産業を私人の私的利害に引き渡す特許こそが反対を引き起こしている主たる独占であった。E. Lipson, *The Economic History of England* vol. III (London, 1929) pp. 352-6 cited by D. S. Davies, 'Further Light on the Case of Monopolies' (1932) 48 LQR 397. 初期の patents の歴史については、デーヴィス上記論文(48 LQR 394-414.)に詳しい。この国王の刑事免責特権は、中世末以降、刑事法体系としての経済政策立法の展開に伴い制定法上の軽犯罪(Statutory Misdemeanour)が増大するとともに、貿易管制大権と合わさって独占形成の重要な契機となっていた。実は、アリン事件で問題となったダーシのトランプ独占の基礎は、国内産業育成策としての1453年のトランプ・カード輸入禁止法からの刑事免責特権のダーシへの付与にあった。この刑事免責特権の基礎となった国王大権の問題は、コモン・ロー法曹にとって、決して馴染みの薄い問題であったわけではない。国王大権は国王大権法における国王直属保有をはじめ、土地法上の国王特権を中心に、イングランド國法の重要な構成要素として運用されていたのであり、大権裁判所を占めていたのも、これらコモン・ロー法曹であった。問題は、絶対王政期の宮廷財政問題と絡んで、寵臣独占としての収益独占が形をかえた間接税として機能したように、それが大権問題でありながら、臣民の財産に直接・間接に多大な影響を及ぼす問題となったにもかかわらず、大権問題は国王一身に関する裁量問題とされ臣民の財産の問題を扱う通常裁判所の法に服さないということにあった。

- (21) P. S. Atiyah, *The rise and fall of freedom of contract* (Oxford University Press, 1979) pp. 117-120. アティyahは、エルズミアのクック『判例集』批判にも言及。
- (22) コモンウェルス・メンについては、出口勇蔵監修『近世ヒューマニズムの経済思想—イギリス絶対主義の一政策体系』（有斐閣、1957年）258-265頁を参照。クックの後継となったウィリアム・セシルもコモンウェルス・メンと繋がっていた。Skinner, *op.cit.*, vol I, pp. 224ff. 最近の研究としては、指昭博「ルネサンスと宗教改革の集団—コモン・ウェルスマン」川北稔編『結社の世界史 第4巻 結社のイギリス史』（山川出版者、2005年）。また、佐々木武『『近世共和主義』—『君主のいる共和国』について—』『岩波講座 世界歴史 16 主権国家と啓蒙』（岩波書店、1999年）所収が、学説史的まとめを行なっている。山本正／細川道久編著『コモンウェルスとは何か—ポスト帝国主義のソフトパワー』（ミネルバ書房・2014年）所収の岩井論文「コモンウェルス概念の史の変遷」では、全体テーマとの関係か紙幅の関係か、この期のコモンウェルス論の本質を捉え損なう表現が使われているのが気になった。中世以来の公共善論の系譜との関係では、稲垣良典『トマス・アクィナスの共通善思想—人格と社会』（有斐閣、1961年）、金沢文雄「聖トマス・アクィナスの刑罰思想」木村亀二博士還暦記念『刑事法学の基本問題』上（有斐閣、1958年）173頁以下 参照。最近の研究としては、M. S. Kempshall, *The Common Good in Late Medieval Political Thought* (Oxford U. P., 1999), テューダ期の議論の特徴は、神学上の議論から世俗国家論へと転換していったことにある。J. W. Allen, *A History of Political Thought in the Sixteenth Century* (Methuen, 1964) pp. 134ff. キケロの公共善論が近代政治思想に果たした役割については、Peter N. Miller, *Defining the common good: Empire, Religion and Philosophy in Eighteenth-Century Britain* (Cambridge U. P., 1994), pp 21ff. 参照。
- (23) 法的な意味におけるリバティ、法 *Ius* の主観的権利としての把握についてはヴィレイヤタックの研究があるが、注（2）で論じたように、物に対する支配としてのドミニウムという所有権的権利概念と区別された、行為に対する支配としてのリベルタスという新たな自由権的権利概念を形成が重要なのである。
- (24) クック『イングランド法学提要 第3部』序文 「法学提要第2部では、議会法令、(即ち) マグナ・カルタと多くの旧法令及び他の議会法令についてのみ語った。それらの中には、説明したように、この國の古法を宣言するもの、また、新たな法を導入するもの、さらには、両者が混合し

たものがあった。これら全ての法は、(極めて僅かなものを除き) 民間の訴訟 (Common Pleas) に関するもので、かの二つの偉大な代名詞「我がものと汝がもの (Meum and Tuum) [=排他的所有権]」に関するものであった。」

- (25) 開封勅許状の歴史は、開封勅許状録が発給官庁たる大法官府で記録されるようになった1202年まで遡る。チャーサの『カンタベリ物語』総序の法律家(サージャント)の説明にあるように、官職の任命ははじめ多様な目的で利用されていた。
- (26) このような新産業の導入に与えられる排他的パテントの歴史はイングランドでは1558年に始まるとされていた。William Hyde Price, *The English Patents of Monopoly* (London, 1906) p. 7-8. デイヴィースによれば、1552年のノルマンディ・グラスの20年間の製造特許が発給されていたようであるが、制度として確立したのは1561年以降のこのようである。Davies, *op.cit.*, pp. 396-7. 例えば、1561.8.8 white soap, 1562.1.3 saltpeter, 1562.5.26 dredging-machine, to George Cobham という具合に、増加し、1561-70年に、化学製品に12パテントが、機械製品に6パテントが発給され、さらに多くの鉱山特権が二つの開発集団に賦与されている。71-80年にかけても新たな発給が行なわれ、特許期間も、当初の10年間から20年、30年と長期化し、再発行も慣行化する傾向にあった。

問題は、このころから、新技術に限られずパテントが発給され、1580年以降、濫用はさらに進み、塩や澱粉等、第一導入者たることを主張しない者にまで賦与されるようになっていたのである。

- (27) Price, *op.cit.*, pp. 9-10, pp. 142-147
- (28) *Ibid.*, pp. 12ff pp. 146-7.
- (29) 罰金を表す Fine の原義が、国王の平和違反に対する国王との「和解金」にあるように。刑事免責特権は国王大権の重要な一部を伝統的に構成していた。P. Birdsall, "Non Obstante"- A Study of Dispensing Power of the English Kings' in *Essays in History and Politics in honour of C. H. McIlwain* (Cambridge, MA 1936), p. 60. このような制定法からの適用除外をパテントによって付与することは、開封勅許状=パテントの伝統的な使用方法であった国王官吏任命等においては珍しいことではなく、このような Non Obstante 条項(制定法除外免責条項)の有効性の問題は、とりわけ、制定法上の任期制限を超えたシェリフの任命等にかかわって議論されてきたものであった。シェリフ任期問題と Non obstante 条項問題は当時のコモン・ロー法曹にとっては常識に属す問題であり、Non obstante 条項が議論

されるときに官吏任命問題が先例として論じられるのはこの故である。

(30) 前述注 (20) 参照。

(31) クックの草案をもとに、制定された1624年反独占法によって実現する。独占問題の微妙さは、収益独占が形をかえた間接税として機能したように、それが大権問題でありながら、臣民の財産に直接・間接に多大な影響を及ぼす問題となったことにあるのである。

(32) バイト事件、ウィッシュボーン事件に見られるように、こうした手法は決して珍しいものではない。有名な1872年屠殺場事件での合衆国連邦裁判所が所有権と自由権という連邦憲法の文言の意味の解釈に際して、上述の二つの事件が引用されるのである。Commons, op.cit., p. 11, pp. 47ff.

(33) かくして、この事件では、大権独占問題のみならずインポジション問題も含め国王大権と臣民の自由をめぐる論争において常に引用される指導的先例となったのである。1601年反独占論争、1604年～10年議会の反付加関税論争、大契約論争はすべて国王大権をめぐる論争であったし、1604年議会に始まるカウエル『英法解釈辞典』論争も直接にこの問題と関わっていた。1604～10年のジェームズ I 世第一回議会は長期議会であると同時に議会内反対派の形成、イングランド革命の起点に位置する。

さらに、ローマ法継受国であるスコットランド王ジェームズの登位と彼の王権神授説とともに、王国の統合案は、直ちに法の統合案をも産み出した。

(34) Davies, op.cit., pp. 413-4

(35) Davies, *ibid.*, pp. 412-3, M of Parl.]

(36) デイヴィース論文には、トランプ独占事件前史として、コモン・ロー裁判所外の大権裁判所で争われたトランプ独占事件が多数紹介されている。Davies, *ibid.*, pp. 400-405.

告訴理由は、特許権の侵害、女王の授与乃至大権侮辱の廉で訴えられている。また、特許権保有者代理人への暴行、投獄などが挙げられている。この告訴に対して、貧しい人々にトランプ作りの職を与えるもので、怠惰になるのを防いだ、特許の内容を知らなかった、大権侮辱の意図は無かった、国法に従った行為で3ポンドの支払で検印許可を受けている等の抗弁がなされていたが、徐々に、特許状無効も主張されるようになっていった。枢密院側は、貧しい人々を雇うカード製造に対しては和解を勧めている。既存の産業の存在の主張、当時の失業・救貧問題が深刻な社会問題となっていたからである。しかし、1589年には Bowe のパテントの支持を決定、枢密院メンバーを3名を指名して違反者には投獄の上、カード製造機の没

収を行うように命じるという強硬手段に訴えることもあった。

- (37) 堀部, 前掲論文 (350-353頁) にも概要が紹介されているが, より, 詳しくは, 紀藤信義『イギリス初期独占の研究』(お茶の水書房, 1963年) 17-43頁参照。当時の政治文化的風土から, この期の議会独占論争を読み解く以下の研究にも注目。David Harris Sacks, ‘The countervailing of benefits: monopoly, liberty, and benevolence in Elizabethan England’ in *Tudor Political Culture*, Dale Hoak ed. (Cambridge U. P., 1995) pp. 272-291.
- (38) Price, *op.cit.*, p. 20ff.
- (39) White, *op.cit.*, p. 128
- (40) Cobbett, *op.cit.*, col.924.
- (41) Sacks, *op.cit.*, p. 274ff.
- (42) ウィリアム・セシル, ロバート・セシル親子による地方治安判事掌握を中心とする統治手法, 官僚派の形成と寵臣派との対立については, 差当たり, 大野真弓『イギリス絶対主義の統治構造』(東京大学出版会, 1977年) 1-134頁参照。
- (43) J. E. Neal, *Queen Elizabeth I* [1934], (Pelican Biography, 1971), pp. 375-81. 大野真弓/大野美樹訳『エリザベス女王 2』(みすず書房, 1975年) 360-366頁。
- (44) R. H. Tawney and E. Power, *Tudor Economic Documents* vol. 2 (London, 1924) p. 273. 以下, TED と略記。
- (45) M. B. Donald, *Elizabethan Monopolies: The History of the Company of Mineral and battery Works from 1565 to 1604* (Oliver and Boyd, 1961) p. 231. 同頁注の1377年議会における Peche 弾劾と投獄の経緯についての説明も参照。議会でベッチが弾劾されたのが, 必ずしも独占の故ではないことについては, 以下参照。Eilliam I. Letwin, ‘The English Common Law concerning Monopolies’ 21 *Univ. of Chicago Law Review* (1954), pp. 356-359.
- (46) Nicholas Tyacke, “Wroth, Cecil and the Parliamentary Session of 1604” 50 *BIHR* (1977) pp. 120-125.
- (47) 注 (36) Sacks 論文は, こうした視点から独占問題を分析している。
- (48) 後述するように, 独占事件で敗訴したダーシは, 1609年に財務府裁判所に請負料支払不能を訴えている。Davies, *op.cit.*, p. 414.
- (49) 1610年議会の大契約論争の経緯に関しては, 隅田哲司『イギリス財政史研究』(ミネルヴァ書房, 1971年) 14-23頁参照。後見権の問題と共に議論された徴発権発動が1642年に無期限停止され, 1657年6月に最終的に廃止され, 後見裁判所・封建的付随条件も1642年2月の布告で廃止(7月,

国王同意)、ブラックストンによって第二のマグナ・カルタと称されることとなる王政復古期の1660年の軍事的土地保有廃止法によって封建的土地所有制度は上向的に廃棄されることになった。その意味でも、1604～10年のジェームズI世第一回議会は長期議会であると同時に議会内反対派の形成、イングランド革命の起点に位置するといえよう。

(50) TED pp. 287-8, *Cobbett's Parl Hist* col.933-4. パテントの審査は民訴裁判所の侵害訴訟によるか、財務府裁判所の権原開示訴訟によるかの何れかとされていた。Price, *ibid.* pp. 154-5. 或る意味では、この審査は、1610年11月の大契約の最終的失敗に至るまでの、財政合理化の一環であったともいえるのかもしれない。この過程でも官僚派と目された人々の中でも微妙な対立が生じる。法務長官から民訴裁判所裁判所長官となってから Artificial Reason 論で有名なクックとジェームズ一世との対立が生じたのも、独占事件でコモン・ロー裁判所が勝ち得た地位と無関係ではない。セシルの死とベーコンの昇進はこの対立に輪をかけた。エルズミアのクック判例集批判での独占事件への批判はこのことを如実に表している。この対立が、1614年に大法官裁判所との対立とともに頂点に達し、クックの王座裁判所長官罷免に至るのである。

(51) Price, *op.cit.*, pp. 156-159

(52) TED p. 282

(53) TED P. 284.

(54) TED p. 273: Townshend 232 エセックス伯の失脚後、ローリーが寵臣派の新たなリーダーとなっていた。ヒル, 前掲書, 227, 266頁。

(55) Bowen, *Lion and Thorn*, p. 191. 1603年 ローリの大逆罪裁判と死刑宣告が新スペイン派のローリ派追い落としの陰謀であったとするならば、同年にローリと親しい友人ダーシに下された判決にも影響を与えたかも知れない。同事件の訴追で辣腕を発揮したのが法務長官のクックであった。(arrest1603.10 - Com of oyer & Terminer 11.17 sentenced to death) 1616 released →1618 executed)

(56) Davies, *op.cit.*, pp. 404-5

(57) ベッチ事件が先例とならないことは前述注(43)。Hurdis v. Davenant 事件も、ギルドの条例の合理性審査に関するもので、厳密な意味での独占事件とはいえない。Letwin, *op.cit.*, pp. 359-362.

(58) 後に述べるように、これ以外にも未公刊の手稿法廷報告がある。しかし、1996年のコレ論文(Jacob I. Corré, 'The Argument, Decision and Reports of Darcy v. Allen' *Emory Law Journal* vol. 45, pp. 1261-1327) 以前



の研究は、全てこれら3判例集を基礎に展開されてきたこともあり、本章では、コレ論文以前の議論を中心に分析を行ない。未公刊法廷年報を通して明らかになった諸問題を次章で検討することとした。3判例集共に『英国判例集 English Report』(以下、ER)に収められており、モーアの法廷報告については、72 ER 830-832、クックの法廷報告については、77 ER 1260-1266 (11 Co. Rep. fo.85a-88b)、ノイの法廷報告については、74 ER 1131-1141 参照。同事件の訴訟記録 (K.B.27/1373/rot 435) が、上記3法廷報告の英訳が Donald, *op.cit.*, Appendix II 収められていて便宜である。

(59) Elizabeth Read Foster, *Proceedings in Parliament 1610* (Yale Univ. Press, 1966) vol. 2 pp. 158. 未公刊法廷報告も含めた分析については、後述第5章参照。

(60) Davies, *op.cit.*, p. 405.

(61) Donald, *op.cit.*, pp. 208-9.

(62) 11 Co. Rep. 85 a-b (ER 1260-1261)

(63) Davies, *op.cit.*, pp. 411-2

(64) *Ibid.*, pp. 408-411.

(65) 72 ER 830.

(66) *Ibid.*

(67) 72 ER 830-832

(68) *Bracton Lib.1 cap.8 Rex non habet parem* [Thorn ed. vol. II, p. 33] 国王も神と法の下にありという有名な一句がでてくる節である。1576年トル版のテキストを使用 (p. 153) したのであろう。

(69) 72 ER 830-831

(70) 72 ER 772

(71) *Ibid.*

(72) 72 ER 771. Donald O. Wagner, 'The Common Law and Free Enterprise: An Early Case of Monopoly' 7 *Ec. Hist. Review* (1937), p. 219

(73) David Harris Sacks, 'Parliamentary Liberty and Commonwealth' in J. H. Hexter (ed.), *Parliamentary Liberty from Elizabeth I to the English Civil War* (Stanford, CA, 1992) p. 94 n36

(74) 72 ER 831

(75) ドッドリッジの最後の論点が租税論に関して論じられたように、このドッドリッジ、フラワー対法務長官クック、法務次官フレミングという対抗関係はベイト事件に端を発する付加関税論争でも再現されることになるのである。Foster, *op.cit.*, vol. 2 pp. 152-65. ベイト事件及び議会イムポジション



- ン論争については、差当たり、隅田哲司『イギリス財政史研究』（ミネルヴァ書房、1971年）第四章参照。後述注（82）参照。
- (76) 72 ER 831, 74 ER 1133.
- (77) S. B. Chrimes, *English Constitutional Ideas in the 15th Century* (1936) pp. 53-5.
- (78) *Cobbett's Parliamentary History of England*, vol.1, (London, 1806) col. 932.
- (79) 72 ER 831
- (80) 74 ER 1136
- (81) 74 ER 1136-7
- (82) *State Trials*, 4 James I. 1606, The great Case of Impositions, col.389
- (83) *Ibid.*
- (84) 後述注（119）のベーコンによる *Salus Populi Suprema Laex* の解説参照。
- (85) 後に論じるように、フラーが「国王が私の土地や動産を授与しても無効であり、このことと、私が営業で得た22ペンスを奪い、また私が22ペンスを得、妻と子を扶養するための営業を国王が他人に授与した場合とを区別すべき理由はない」と論じ、「国王はパテントによって悪をなしえず」として、大権の存在によって臣民への侵害を担保できるものではないと論じるのも。営業の自由の問題を臣民の所有権という第一の通常の大権の問題に関連せしめることによって、大権行使に内在的制約を加えていくためであろう。同時に、フラーの公共性判断をめぐる議論からも明らかのように、彼の公共性判断の価値基準としてその、背後に深く横たわっているのが、引き続き展開されることになる神法論なのである。モーアが判例集で要約したように、フラーは「公共の福祉論」に基づいてではなく、「臣民の自由に基づいて」論じたのである。72 ER 831-2. この「臣民の自由」論を君主大権論に対抗して支える理論的根拠こそが神法論であり、國法論であった。フラーの議論の主眼は「当該パテントは國法、神の法に反し、コモン・ウェルスを害し無効」であるという点にあったのである。他方、同じく政府側の代表であり、また結論を同じくしながらも法務長官であるクックと次官のフレミングの間に立論の仕方に後述するごとく微妙なずれが生じてくるのはまさにこの点についてであった。
- (86) Faith Thompson, *Magna Carta, its Role in the Making of the English Constitution 1300-1629* (Univ. of Minnesota Press, 1948) p. 144, 203, 209. Cf. R. G. Usher, 'Nicholas Fuller: a forgotten exponent of English liberty' 12

- American Historical Review* 743-60. J. Baker. *op.cit.*, pp. 321-2, pp. 356-63.
- (87) 1586.2 Flower v. Bourne 事件。E. R. Foster, *op.cit.*, vol. 2, pp. 157-8. フラーの詳細な経歴については、注 (90) S. Wright 論文参照。
- (88) Thompson, *op.cit.*, pp. 209-215, p. 215 n.51. 小山貞夫『イングランド法の形成と近代的変容』（創文社、1983年）331-337頁。当時の法務長官は John Popham, 同事件のもう一人の弁護士が Sir James Morice であった。*Ibid.*, p. 218.
- (89) Corad Russell, *The Crisis of Parliaments: English History 1509-1660* (Oxford U. P. 1971) p. 255. Williams M. Mitchell, *The rise of the revolutionary party in the English House of Commons, 1603-1629* (Columbia University Press, 1957) p. xiv, p. 27, p. 44, pp. 72-8.
- (90) J. P. Sommerville, *Politics and ideology in England, 1603-1640* (Longman, 1986) pp. 151ff.
- (91) 後見裁判所批判については、H. E. Bell, *An introduction to the history and records of the Court of Wards & Liveries* (Wm. W. Gaunt, 1986) p. 146 参照。1606議会では失業問題にも関心を示している Graduate unemployment について (CJ I.333ff. in Hill p. 85)。1614年議会選挙では、政府側の候補者 Sir Hen. Montague (King's Serjeant) に勝利して London 市選出議員となっている。(Mitchell, *op.cit.*, p. 55, p. 181) introduced Bill against adulterous wives (Donald Pennington and Keith Thomas (ed.), *Puritans and revolutionaries: essays in seventeenth-century history presented to Christopher Hill* (Oxford Univ. Press, 1978) p. 274), 1620年に獄死。フラーについては、R. G. Usher, 'a Forgotten Exponent of English Liberty' 12 *American Historical Review*, pp. 743-60 参照。フラーの法思想は、「臣民の自由」論をはじめとするクックの議論に大きな影響を与えたと思われる。フラーの法思想の本格的な研究としては、S. Wright, 'Nicholas Fuller and the Liberties of the Subject' 25 *Parliamentary History*, pp. 176-213 参照。
- (92) 72 ER 1132
- (93) フラーの引用した先例 (Com.fo.337.45 assp.15, 22 ass. p. 49)
- (94) *The Argument of Master Nicholas Fuller in the Case of Thomas Lad and Richard Maunsell*, (1607), p. 17. このパンフレットは1641年にも再版されている。
- (95) *ibid.*, p. 18, p. 29.
- (96) Elizabeth Read Foster (ed.), *Proceedings in Parliament 1610*, vol. 2. (Yale Univ. Press, 1966) pp. 151-66.

- (97) 72 ER 1137-8
- (98) 72 ER 1138-9
- (99) 本稿では扱わないが、クックが起草した1625年の独占禁止法制定後に脱法行為的コーポレーション独占として大きな問題が生じることになる。クックが意図したことではなかったが、当時の独占の定義からみれば、或る意味では当然の結果であった。
- (100) *Proceedings in Parliament 1610*, vol.2 p. 160.
- (101) 渋谷浩編『自由民への訴え—ピューリタン革命文書選』（早稲田大学出版部、1978）17頁、43頁注（7）。ライトはリルバーンが「獣の所業」（1638）で引用していることから、非合法で出版された初版を利用していたことを確認している。S. Wright, *op. cit.*, p.213. 前注（87）も参照。
- (102) 72 ER 832
- (103) 77 ER 1261 (11 Co. Rep. fo.85b). しかも、ここでは法務長官クックと法務次官フレミングがともにフラー、ドッドリッジとともに原告側に立って弁論したことになっている。もし、報告に誤りが無ければ、いつこのような立場の転換が生じたのか。
- (104) 77 ER 1262-5 (11 Co. Rep. fo.86a-88a) ダーシの敗因の一端はここにある。ここでは、前述のフォーテスキューの主張に加え、「上白を取るべからず」という聖書の言葉やユスティニアヌス『法学提要』（3 Inst. 181）からの引用によって補強がなされる。
- (105) *Proceedings in Parliaments 1610*, vol. 2, pp. 159-160 (Fuller), p. 202, p. 215 (Dodderidge)
- (106) 'The 'Lord Chancellor Egertons observacions upon ye Lord Cookes Reportes' (1615) in Louis A. Knafla, *Law and Politics in Jacobean England: The Tracts of Lord Ellesmere* (Cambridge Univ, Press, 1977) p. 303. pp. 297-318.
- (107) しかし、エルズミアの主張に従えば、独占に対する議会立法による規制も Mala Prohibita であれば、国王の免責特権によって回避されることになる。
- (108) 本稿では、紙幅の関係もあり、クックが起草した独占禁止法には触れないが、彼が独占禁止法の註解を排他的所有権 Meum et Tuum を扱った『法学提要 第1部』=『リトルトン [土地法論] 註解』、『法学提要 第2部』=『制定法註解』—エリザベス期救貧法等を含む—ではなく、犯罪 Malum を扱った『法学提要 第3部』で扱っていることは、独占問題を財産権の自由としては構成していないという意味で示唆的である。

- (109) Birdsall, *op.cit.*, p. 58f.
- (110) Birdsall が指摘したように、制定法解釈原理としては広すぎることになるかもしれない。独占事件との関係については、*Ibid.* pp. 60-62 参照。しかし、議会を最高裁判所としての位置付け、後に法人会社設立や囲い込み、有料道路建設、運河建設、鉄道建設等が Private Stautes によって一般化していったことを考えると、クックの議論も決して誤っていたわけでもないであろう。*Ibid.* p. 63. 1628年の権利請願も議会の裁判所としての機能に着目した方法であった。
- (111) Case of Non Obstante, 11 Co. Rep. 18-19. Birdsall クック自身も他の著作では、ここまで公共善論を拡大したことなしとして、この事例を紹介するが、法律適用除外事件は、法廷報告というより、註釈であり、没後出版された『判例集 第12部』に収められており、著述年代も不明である。後述するように、独占事件の際に、国王側法務次官の議論として作成されたのかも知れない。
- (112) Knafla, *op.cit.*, pp. 169-181, esp. pp. 176-181. クックは、ジェームズ1世から、彼の『判例集』から、大権事項に関する不正確な記述を訂正するように命じられたといわれている。Cf. Birdsall, *op.cit.*, p. 62 n.65. しかし、クックは、法律適用免除の国王大権の存在そのものを否定していたわけではなく、それに、新たな制限を加えようとしていたことに留意する必要がある。
- (113) コレは、後の王座裁判所判事ヘンリ・イェルヴァタンもクック『判例集』独占事件報告の問題点をエルズミアと同じような形で批判していたとするが、イェルヴァタンは、*Malum in se* と *Malum prohibita* というコモン・ロー上の伝統的な見解を論じていたにすぎない。Corré, *op.cit.*, p. 1264.
- (114) Jacob I. Corré, 'The Argument, Decision and Reports of Darcy v. Allen' *Emory Law Journal*, vol. 45. (1996), pp. 1261-1327. バイカー博士 (当時) による未公開『判例報告』発見の経緯については、*Ibid.* p.1264f. Knafl, *op.cit.*, p. 303. 参照。クックのノート・ブックが残されている点についても1972年 John H. Baker, 'Coke's Notebooks and the Source of His Reports' 30 *Cambridge L. J.* の バイカー教授の指摘による。
- (115) Corré, *op.cit.*, pp. 1269-7 ポパムは1607年に死亡。それ故に、ポパムがクックに判決理由を語ったとすれば、それ以前であろう。*Ibid.*, 1271-2, n.31.
- (116) コレは、同時期 (1603年) に並行的に王座裁判所で争われた *Turner v.*

Johnson 事件 (Yelverton 6 [80 Eng. Rep. 5]) に注目している。この事件は民訴裁判所の事件が誤審令状によって王座裁判所で審理されたものであり、ダーシの使用人とタワーヒル街区警吏ジョンソンがターナの家到家宅侵入して2グロスのトランプ等の動産差押を行なったのをトレスパス訴訟で訴えた事件であった。この事件でのダーシ側敗訴の原因は、パテントは堅く立入権限を与えるものではないということであった。この事件も、独占事件の形式的な判決理由とは合致するのである。Corré, *Ibid.*, pp. 1312-1321.

- (117) 1609年の財務府に対するダーシ訴訟で、法務長官ジェームズ・ホバートは、独占権の授与は法律上無効とされ、ダーシは布告によってパテントを実施しないように命じられたと論じている。Corré, *Ibid.*, p. 1322.
- (118) Corré, *Ibid.*, pp. 1321-2. ロンドン市への訴訟費用請求訴訟において、アリンがロンドン市の特権のために戦ったことを強調するのは当然であろう。
- (119) さしあたり、土井義徳『イギリス立憲政治の源流』（木鐸社、2006年）第5章参照。
- (120) 法範12「不法及び犯罪が罰せられないままにおかれるよりは、むしろ、法規定 *placitis juris* を棄てる方がよい」の解説の中で、ベーコンは、以下のように論じる。「法は、マクシムでも、理性の結論でもないような、多くの根拠と実定的学問 *positive learnings* から成りたっているが、それもかかわらず、それらの学識は法として受入れられ、確立されており、疑問とされることがない。これらの学識は法範というより、法規定と称されるべきである。法は、不正や犯罪が罰せられないよりは、このようなマクシムを無しで済ませるであろう。なぜなら、*Salus populi suprema lex* であるからである。そして、*Salus populi* とは、刑罰によって犯罪を抑圧することにあるからである。」Francis Bacon, 'The Maxims of the Law' in *The Elements of the Common Law of England* (1630 [Garland Publishing, 1978]) p. 55.
- (121) 1690年版から翻訳された鶴飼信成訳『市民政府論』（岩波文庫）には、「人民の福祉は最高の法である」が題字の裏に記されている。抵抗権問題との関係では *Salus* は福利問題と言うより、生命の安全=生存問題に近いともいえよう。
- (122) Nicholas Tyacke, *The English Revolution c.1590-1720: Politics, Religion and Communities* (Manchester Univ. Press, 2007), p. ii. 同書は、表紙デザインに、この生々しい軍旗を使用している。キケロが『義務論』で暴君放

伐論を展開し、ソールズベリのジョン以降、西欧政治思想に根付かせたことを思い浮かべるべきであろう。

- (123) 「営業の自由」という概念の多義性と各国における法制度的条件の相違、とりわけ、成文憲法国と不文憲法国との相違等が十分整理されていないとする論争枠組のものへの批判については、宮崎良夫「行政国家における営業の自由(一)」『社会科学研究』23巻3号(1972)115-124頁参照。ドイツ、日本における「営業の自由」が「警察行政からの自由」として発展してきたという法学史そのものを解明しないと解決がつけられない問題であろう。その意味で、高柳・藤田編『資本主義法の形成と展開』(東京大学出版会、1972)で、同『「営業の自由」と営業警察—ドイツにおける公権論争の諸前提』をはじめ多くの研究成果を生み出したことは、論争の一つの成果ではあった。
- (124) 「独占の法的考察・覚書」『法の科学』2(1974)30-79頁。
- (125) 岡田氏自身が、団結禁止型自由主義や団結放任型自由主義という言葉を使用されるために岡田氏が「連続説」をとっていることが理解されにくく、岡田氏の議論が段階論なのか、類型論なのかという議論がでてくる背景となっているように思われる。合評会 183-186頁。自由主義的競争市場の存在が資本主義社会の公序なのであって、岡田氏の言葉を借りると「一貫して根底に経済的自由の体制がなければ資本主義が成り立たない」のである。この問題は、株式会社成立史に関わる「資本の団結」は個別資本の問題でカルテルや同業組合、使用者団体の問題＝独占の問題とは異なるのではないかとする疑問とも関係する(合評会165-6頁)、岡田氏の経済的自由主義は「交換の自由」の問題であって、生産における「資本の団結」は、「交換の自由」が維持される限りにおいては「団結の自由」として発展するのである。(毛利健三(司会)「合評会 岡田与好『経済的自由主義—資本主義と自由—』を読む」『社会科学研究』39巻6号(1988)161頁、185頁(以下、「合評会」として引用))
- (126) 大沢真理氏は「憲法学が岡田説に“追いつく”のに30年以上の月日を要した」(前述 注(13))と論じているが、むしろ、我が国において、国家乃至行政機構に「公」が独占されている状況を打ち破り、「公序」の基礎となるべき個人責任を基礎とした公的空間形成が育つのに30年以上要した、もしくは、「公序」が憲法論の解釈論として未だ「支持を得ていない」とするならば、未だ、我が国における公的空間の形成は未成熟であるという方が正確なのかも知れない。岡田与好、前掲書(2014)、iv-vii頁。後述注(129)参照。しかし、ユルゲン・ハバーマス『公共性の構造転換』(未来

社, 1994年), ハンナ・アーレント『人間の条件』志水速雄訳(ちくま学芸文庫, 1994年)の出版以降, 我が国における「公」に対する見方も変化しつつある。近年, 法学の世界でも公共性論への関心が高まっており, 森英樹編『市民的公共圏形成の可能性: 比較憲法的研究をふまえて』(日本評論社, 2003年), 長谷部恭男/金泰昌編『公共哲学 12 法律から考える公共性』(東京大学出版会, 2004年), 井上達夫編『公共性の法哲学』(ナカニシヤ出版, 2006年)が出版されている。民法分野でも, 吉田克己「民法学と『公共性』の再構成」『創文』444号(2002.7)が, 公共の福祉論の「公共性」問題を国家的公共性から市民的公共性へと転換させようとする変化を語っている。「営業の自由」論争の発端となった独禁法問題に関連付けて論じられているのだが, 残念ながら「営業の自由」論争そのものへの論究はない。本稿との関係では, イェリネック研究者の石川健治氏が「イン・エゴイスト 憲法学から見た公共性」長谷部/金編, 前掲書所収で展開している議論が興味深い。尾高朝雄のノモス主権論への関心も高まっているが, ノモス主権という言葉の適否は別として, 「法の支配」と「法律の支配」の区別ができない実定法学者向けには必要な議論なのかも知れない。議会主権論者であるダイシーが, 法の支配論者であり, 『法と世論』の著者であったことにも留意する必要がある。Public opinion は, 安全ではないとしても, 自由の維持のために, その健全性に依存せざるをえないのではないだろうか。Cf. A. V. Dicey, 'The Legal Boundaries of Liberty' The Fortnightly Review, n.s no.13 (1868) pp 1-13.

- (127) 上山安敏『ウェーバーとその社会』(ミネルヴァ書房, 1978年) 321-2頁。最近の議論としては, アメリカ合衆国の憲法判例における「二重の基準」論に言及した樋口論文参照。樋口陽一「企業・市場・市民社会と国家」『企業・市場・市民社会の基礎法学的考察』(日本評論社, 2008) 50-52頁。
- (128) 勿論, 『檀山節考』のような世界があったことを否定するわけではない。しかし, それが正しいことではない not right という認識があったということが重要なのである。
- (129) フランス革命期に遡って「生存権」の問題を考えようとする最近の研究も参照。波多野敏『生存権の困難』(勁草書房, 2016年)。波多野氏が指摘するように, 革命期の生存権を社会権の萌芽形態として捉えるのが実定法学者の通説であった。
- (130) 下山英二『人権の歴史と展望』(法律文化社) 16-20頁, 39-40頁。「営業の自由」論争との関連では, 中島茂樹氏が, 憲法における「職業選択の自由」は個人の人権保障であり, 法人の人権という概念を批判した下山論



文「独占の法的考察・覚書」『法の科学』2号(1974)を岡田氏の問題提起に対する法学者の側のさしあたりの回答としている。下山氏自身の論争の批判的まとめについては、同「『営業の自由』論争について」『歴史学研究』438号(1976.11)参照。下山論文は、論争の分析で、宮崎良夫「行政国家における営業の自由」の論争評価にも大きく依拠しているのであるが、残念ながら、両論文に対する岡田の反論は見いだせなかった。「わが憲法におけるいわゆる人権規定は、国家からの自由＝市民的自由としての人権宣言の部分と、日本国民の構成する社会の基本的「公序」＝政策原則の部分とから構成されており、学問の自由(23条)、国民の生存権(25条)、教育を受ける権利(26条)、勤労者の団結権(28条)に関する規定は、後者の「公序」の宣言とみなされるべきであろう」。ここでは、岡田氏自身が人権＝国家からの自由として理解しており、生存権は国家以前の権利として捉えられておらず、「社会の基本的「公序」＝政策原則」として保障されるものとみなされている。尤も、ここで「社会の」として「国家の」としなかったところに、岡田氏の「公序」論のミソがあるのであるが、「公」が国家＝行政機関に吸収・独占され、ポリシーが行政府の裁量に委ねられてしまい、社会における「公的空間」が未成熟なままであった我が国では理解されにくい議論であったのかもしれない。

ところで、「国家からの自由」の成立期を「契約自由原則の成立期」＝自由放任主義の時代と見ている。即ち、法学者の言う近代法原理は市民革命期ではなく産業革命を経て19世紀に成立したのだということになる。「合評会」186頁。18世紀的自由主義を経験したイギリスと19世紀的自由主義に出発点を有する大陸諸国との相違が、法学における近代法—現代法という二段階論の基礎にあるのではないかという指摘は興味深い。「合評会」186-7頁。何れにせよ、「資本主義である限り経済的自由主義でなければ成り立たない」というある種の段階論批判、即ち、現代法＝国独資段階論批判が岡田氏の主張の根底にあり、逆に、段階論者から見れば、岡田氏の自由主義段階の区分は、段階論なのか類型論なのかという疑問が提起されるのだが、岡田氏からすれば、歴史分析の方法として区分するにしても共通の基盤があるということになるのであろう。「合評会」185頁。

(131) 直接的ではないが、合評会の樋口発言参照。「合評会」188頁

(132) その意味では、渡辺洋三氏の回顧録ともいえる『社会と法の戦後史』(青木書店、2001年)が興味深い。「営業の自由」論争について、全く触れられていないが、大塚・川島を、科学者の発想、丸山・戒能を思想的発想として「どちらかといえばという限定付で」類型化されたうえで、「戒



能法学の理念は、自由と人権をキー概念として、資本主義や社会主義のわくを超えた自由・人権の世界共同体の創出をめざす民主主義観とその担い手となる運動主体の形成であり、それが結局において、人類解放の法理念の出発点でもあり、終着点でもある」と熱く語られる。「終章 残された課題」との関連で理解すると、最終的に、川島法学的「科学としての法律学」から、世界史的・人類史的視野に立つた戒能法学的「思想としての法律学」へと転回されていったのではないだろうか。こうした変化が、晩年の『法を学ぶ』（岩波新書、1986年）20頁以下、『法律学への旅立ち』（岩波書店、1990年）146頁以下の法律学の学問的性格付けに現われているように思われる。なお、渡辺法学の軌跡を理解する上では、高橋裕編『渡辺洋三先生 略歴・業績目録』（渡辺洋三先生を語る会、2007.2.24）が有用であったが、本稿では十分には活用しきれないままに終わっている。今後の課題としたい。

渡辺法学の軌跡を追ったものとしては、広渡清吾「渡辺法学の構図」、戒能通厚、原田純孝、広渡清吾編『日本社会と法律学：歴史、現状、展望』（日本評論社、2009年）所収、二、渡辺法学の展開あるいは転回、森下敏夫「わが国におけるマルクス主義法学の終焉—そして民主主義法学の敗北—（上）、（中）、（下）」『神戸法学雑誌』64巻2号、65巻1号、66巻1号（2015-16）、第1編第4章 渡辺法社会学批判：理論と実践、公共の福祉、生存権、市民法—参照。両論文とも、「営業の自由」論争には触れていない。しかし、渡辺法学の「転回」を理解する上では「営業の自由」論争の評価は欠かせないのではないだろうか。

# The Case of Monopolies (1602)

## Disentangling the Context

Yuzou FUKAO

### Prologue

1. Defining the Problem
2. The Dispute over The Freedom of the Trade in Japan
3. The Dispute over Coke and the Economic Liberalism in England

### Chapter 1. The Case of Monopolies in the Historical Context

1. The various problems on the monopoly patents
2. The preceding history before the case of monopolies
3. From the Parliamentary dispute over monopolies to the Golden Speech

### Chapter 2. The Logic and the Framework of the Controversy in the Case of Monopolies

1. 3 printed reports of the case
2. A summary of the case, the pleading and the joinder of issue
3. Beginning the debate in the first trial

### Chapter 3. King's Prerogative vs The Liberty of the Subject

1. Resetting the problem by Dodderidge in the second trial
2. Theory of Prince's discretionary power by Flemming
3. The Argument for the Liberty of the Subject by Fuller and the Rule of Law

### Chapter 4. Coke's Argument for Public Good and the Ellesmere's criticism

1. Public Good and Coke's argument against Vanity
2. Judges' decision of the case in Coke's *Reports*
3. Ellesmere's criticism on Coke's report and its context

### Chapter 5. Discovery of the unprinted reports

1. Ellesmere's contestation vindicated: formal problem and substantive problem

2. Making the public good theory in Coke's jurisprudence: the shift  
between 1603 and 1615

Epilogue: Surveying the Context and Decontextualization

How to solve the problem between Mala in se and Mala prohibita

論

説