

Title	今日に於けるヘンリー・メーン
Sub Title	
Author	峯岸, 治三(Minegishi, Haruzō)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1934
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.13, No.2 (1934. 7) ,p.161- 186
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	資料
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19340721-0161

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

資料

今日に於けるヘンリー・メーン

峯岸治三

はしがき

昨年イギリス法學界に二つの注目すべき書物が現れた。その一つは Ensor 氏の Courts and Judges in France, Germany, and England (Oxford University Press) であり、他の一つは Modern Theories of Law (Oxford University Press) である。前者は一四一頁の書物であるから、勿論大部のものは云へぬが、佛、獨、英各國の司法制度を簡明に敘述してある點に於て極めて有益なる勞作である。のみならず、概してイギリスに於てはかかる書物の公刊を見ない。故に著者自らもかかる書物は未だ嘗てイギリスには存在しないため、その資料もイギリスの書物に之を求むることを得ない旨を述べてをるのである(同書序文参照)。後者は二二六頁の書物であるが執筆者は十人である。これは、この十氏が一九三二年 London School of Economics and Political Science の Lent 及び Summer の學期に試みた公會講演を集めたものである。今講演者及び演題を示して見る。

今日に於けるヘンリー・メーン

一六一

今日に於けるイギリス人

一六二

- 一、アメリカの法律解釋の成り……Goodhart (Professor of Jurisprudence in the University of Oxford)
- 二、イギリスのラミニンキヤ……Meyendorff (Reader in Russian Institutions and Economics in the University of London)
- 三、シオタムラーの法律哲學……Ginsberg (Martin White Professor of Sociology in the University of London)
- 四、チロギーの國家概念……Laski (Professor of Political Science in the University of London)
- 五、イギリスのナチーニョナシ……Jennings (Reader in English Law in the University of London)
- 六、ロクロー・パンツ……Amos (Quain Professor of Comparative Law in the University of London)
- 七、ケンゼンの憲法法律……Lauterpacht (Lecturer in International Law at the London School of Economics and Political Science)
- 八、フランマン・シロ……Wortley (L. B., of the Department of Law, London School of Economics and Political Science)
- 九、今日に於けるサー・ロビンソン……Robson (Lecturer in Industrial and Administrative Law at the London School of Economics and Political Science)
- 十、今日に於けるサー・マンニング或は「法律學の領域」の再檢討……Manning (Sir Ernest Cassel Professor of International Relations in the University of London)

右に依りても明かなる如く、以上の講演は各方面に亙つてをるものであり、この點が吾々に頗る興味を持たせるのであるが、従來イギリスでは餘り法理學的研究が行はれなかつたが、この講演が特にこの方面を取扱つてをり、しかもそれが非常なる成功を収め得たと云ふことは最も注目し得る次第である。私はこの意味に於て本書がイギリス法律書中に特種の地位を占むるものであることを確信する。そこで、その紹介と云ふ心持で講演の一つである

William A. Robson 氏の「今日に於けるサー・ヘンリー・メーン」の大意に付き拙譯を試みた次第である。本文中「古
代法」に付ての引用頁には原文以外にポーロックの註を施した New Edition の頁數をも加へて置いた。ゴシツクの
數字が即ちそれである。

一

Henry James Sumner Maine は一八二二年 Leighton の近くに生れた。Pembroke College の Foundation
Scholar の後ケンブリッジ大學 Regius Professor of Civil Law に任ぜられた。この時年齢正に二十五歳。一
八六一年有名なる古代法が世に現れたのであるが、その内容はこれより先き彼がインズ・オブ・コートで講義したも
のである。同年彼は Macaulay の後を受けて Law Member in the Council of Governor-General of India
となり、その職に在ること九年、後再び學究生活に戻り先づオックスフォード大學の Corpus Professor of Juris-
prudence と爲り、更に Master of Trinity Hall と爲した。彼の著書を擧ぐれば

- 一八七一年 *Village Communities*
- 一八七五年 *Early History of Institutions*
- 一八八三年 *Dissertations on Early Law and Customs*
- 一八八五年 *Popular Government*

(408) 彼は一八八七年長逝したのであつたが、當時彼が Wheeler Professor of International Law としての講義は

今日に於けるヘンリー・メーン

死後に於て出版せらるゝところとなつた。右の如く、彼の著書は一八六一年以來出版せらるゝところとなつたが、その著書の出版せられた年代及當時の一般知識状態は、メーンを眞に理解する上に於て甚だ重要なこととなるのである。

メーンは一般に法律家(Lawyer)とせられてゐるのである。しかし乍ら、彼は單に法學者(Jurist)に止るものではなく、大陸に所謂學者(Savant)である。彼の著書はイギリス法律書にして世界的興味ある選擇文献——之等は單に各國に於ける法律學徒のみならず、苟も如何なる種類を問はず文化教育に志す者に依つて讀まるべきものであり、又讀まれてゐるものであるが——のうちには於て最も特色あるものである。従つて、彼はイギリス法學者中その著書が廣く各國に於て愛讀せらるゝ唯一の學者であると云ふことが出来るであらう。

メーンの著書が外國に於ても認めらるゝやうになつたことは誠に自然のことでもあり、又當然のことでもあらう。何となれば、メーンはその教育識見共に全く國際的のものがあつたからである。彼は當時のイギリス法律家、道德哲學者、政治家等がローマ法に無智なることを大いに難じ、その爲め大陸の諸友邦を理解する眞の基礎を失ふことになつた點を指摘してゐるのである。かくして、彼が晩年國際法にその目を轉ずるに至つたことは、決して一片の研究心から出たばかりではなく、その奥に更に意味深き或るものを認めなければならぬのである。

彼の研究の基調は虚偽の假定に對する意識的反抗である。彼はその生涯を通じて、自然法並に自然状態の理論に對する斷乎たる反對者であつた。勿論彼と雖も、かゝる理論が善惡共に一大勢力を有してゐたことは之を認めてゐたのである。彼は、總ての人は皆兄弟である、従つて總ての人は悉く平等であるとの理論に對しては、徹頭徹尾反對したのであり、その虚偽なることは吾々の有する一つ一つの歴史的證據に依つて立證せらるべきであると考へた。

就中、彼は社會の法律的及び政治的組織は人の理性に基いて形成せられ、又はせらるべきであると言ふ假定に反對するものである。彼が、社會の構成に於て、慣習、本能、原始的感情等に依つて行はるゝ優者階級に對する信念は、*John Stuart Mill* に依つて主張せらるゝ人類の本質的合理性と正に鋭き對照を爲すものである（この研究は後に於て更に一層の同情を受くべきであつた。Maine及びGraham兩氏の研究は共通要素を有してゐる。固よりWallisが社會の非合理的力の研究から得た結論は過激的のものであつた。而して、之をMaineの保守的見解と對比するときはこれ又鋭き對照をなすものである）。かゝる虚偽の假定を是正する爲めに、彼は彼の所謂「新しき科學」を樹立しようとしたのである。彼曰く、私はそれを比較法學と呼ぶことを躊躇する。何となれば、若しそれが存在するとすれば、その範圍は法律の範圍より一層廣いものにならう」と。

二

メーンがその研究に於て示した主要理念は大體に於て三部に分つことが出来る。即ち次の如くである。

- 第一は一般法律の起源、淵源及び發展に關するもの
- 第二は財産權に關する私法原理の進化に關するもの
- 第三は政治制度並に政治理論に關するもの

右のうち第一及び第三に對しては彼が最も重要な貢獻を爲したのであるから、本稿も亦之等を主として取扱ひたいと思ふのである。

メーンは「記録に留められた法律の制度は支那より秘露に至るまで全然存在しなかつたが、それが初めて出現して認められたるときは、宗教的儀式及び慣例と混同してをるやうには見えなかつた」と主張し、之に依りて、法の初期の淵源に於て爲し得べき最も廣範圍の普遍化を爲し遂げた譯である（*Early Law and Custom*, pp. 5-6.）。ローマ法は、法と宗教とが分

化せる最初の例であると云はるゝのであるが、十二表法中には超自然的信念より由來する多くの規定を包含してゐるのである。法の絶對的起源を發見することは不可能である。寧ろ法の起源よりも法律家の起源を見出すことは遙かに容易であると云ひ得るのである。最も初期の法律家は先づ第一に僧侶であつた。かくの如く元來僧侶及び法律家の二つの職は同一であつたことはヒンドゥー、ケルト、ギリシヤ、ローマ其他の民族の間に行はれた古慣に徴しても明かなところである(Early Law and Custom, pp. 26-7.)

メーンは法の發展に付き之を三段階に分つてゐる。その最も初期に於けるものは、一般的適用又は遵守のために宣言せられたる原則として觀念せられたるものでなくして、特定争點を決定するために神託の下に國王に依つて宣告せらるゝ裁判として理解せられたものであつた。この種の最も著名な例としては、かのホーマーの詩中にある Themistes を擧げることが出来る。正しきか將又正しからざるかの最も權威ある判斷は、事後に言渡さるゝ判決を措いて他になかつたのである。

次期は慣習法の觀念が確立するに至つた時代である。慣習法は裁判官に依りて確認せられ、之に違反するに於ては處罰せらるゝものである。神託を受けたる王は貴族或は小數特權階級に依つて代へらるゝところとなり、之等の者は裁判を爲すに當つてその神託に基くことを一々言明することはなかつたが、法の受託者でもあり、又實行者でもあつたのである。而して、之等少數特權階級者は法の總ての智識を獨專したのであつた。之が眞の慣習法の時代であつた。文字の發明せらるゝ以前に於ては傳統的形式に於て慣習法を保存する唯一の機會は、慣習法を特權階級即ち *caste* の管理に一任することであつた。

第三期は正に法典時代である。之に依つて法の自發的發展時代の最終期が劃せらるゝことになるのである。それ

以後は、法の變革は之を發展せしめんとする意識的欲望からのみ生じ得るのである。法典時代に至つて、初めて停滯的社會と進歩的社會の區別が現れ始めたのである。進歩的社會はメーンの見るところに依ると其數余り多からず、世界歴史に於ける稀なる例外である。「人類の大部分は或る永久的記録に表現することに依つて、その制度に初めて外部的完成が與へられたる瞬間から、當該制度が改善せらるべきことに付ての一片の希望を表したものはない。」(Ancient Law, p. 22, 29) 時折激烈なる革命が起り、その結果として各種の法律が廢棄せられたことはあるが、漸進的改善が企圖せられたることは余り之を見ないのである。進歩的と稱するに値する社會協同體の小數のものは、社會的必要及び輿論のため法の進歩に付ては間斷なく常に之が行はれる傾向を有するものがある。人々の幸福は社會的必要並に輿論と法の兩者の間に存する隔りを速かに狭めることに在るのである。法と輿論並に社會的必要とを調和せしむる作用は(歴史的順序に於ては)法律の擬制、衡平の觀念及び立法と云ふことになるのである。しかし乍ら、往古に於ては立法者自らも、大なる範圍に於ける法の變革は之を取てせざるところであつた。立法者はたゞ大部分既存の法律及び慣習を、宣言するに過ぎぬものであつたのである。ソロンの法律、十二表法、アルフレッド王又はカヌート王の法律、若くはサリク法には恐らく新しい内容は殆んど之を認めることが出来ぬであらう。

この方面に於てはメーンはその深遠なる確心を顯示し、殆んど總ての男女が如何なる種類の變革をも嫌惡し、以て之に對し極力反抗するものであるとしてゐるのである。彼は古代法中の甚だ特色ある一節に於て「吾々の精神的、道德的及び肉體的組織の不變部分が其大部を成すものであつて、それが變化に反對するの力は強いものであるから、縦々世界の一部分に於ける人類社會の變化は甚だ明かなるものがあつても、それは急激のものでもなく又廣範圍のものでもないから、その變化の程度、性質及び一般的方向は之を確定し得ないと云ふことは眞實である」と云つて

今日に於けるヘンリー・メーン

一六八

をるのである (Ancient Law p. 117, 124) 人類に依つて示さるゝ變化を嫌ふことに於けるメーンの根柢深き信念は、彼の興味あるものである。一節に於て表現せられてゐる。即ち曰く、婦人の流行でさへ、常にそれ自身を繰り返すところの循環期を通過するものである。『舊約全書中に述べられてゐる婦人服の奇観は今なを之を認めることが出来る。タナグラ形に依つて代表されたギリシヤ婦人は、驚くべき程吾々の時代の婦人に似てゐるのである——綜合コルセツトは用ひず頭飾のきまつた一部としてパツルを用ひてゐるさしても。而して又中世紀の婦人。』かく云ふものゝ、メーンはその後インド政廳に對し實際問題に付き助言することを要求せられたとき、彼は法概念の安定性を過重視することの危険を警告してゐることを知るのである。即ち、彼の云ふところを見るに、法概念は疑もなく不變的性質を有すること甚だ大なりとは云へ、それはベンサム、オースチン等の人々の考へる如く、絶對的に永劫的のものでもなく、又不滅性的のものでもない。「法律學そのものでさへ進化の大法則から免るゝことを得ないものである (Appendix to Minute to Government)」。この結論は社會の進歩を非理性的言葉に於て説明すべき理論を必要とする心裏に對する、ダーウィンに依る一大影響を顯示するものである。

メーンが社會の進展に關し主張する重點は、比較法學に依つて闡明せらるゝに至つた證據は、人類の家長的理論を確立する傾向を有するものであるところにあるのである。この理論は社會は或る條件を以て始まることを假定するものである。而して、その條件に於ては最年長者たる男親がその家に於て絶對的の最高首長として之を支配するものである。彼は生殺與奪の權を掌握し、なほ彼は子及び奴隸に對して無制限の權力を行使したのである。子の一團は總てその父に屬し、子の妻及びその子孫は父に服従せねばならぬ。父死亡するときは、その所有に屬するものは總て平等の割合を以て一親等の直系卑屬間に分割せらるゝこととなるのである。

かくして往時に於ては家族團體は社會の單位を爲したるものであつて、現今の如く個人がその單位を爲すものはなかつた。ローマ人間に認められた父權 (patria potestas) は家族團體の首長に依つて行使せられた、この種の權

力の典型的例證である。古代法は古代社會の家族的基礎を反映してをるものである。しかし、それは貧弱であつた。何となれば、それは家長の專制的命令に依つて補足せられたからである。而して又、それは非常に形式ばつたものであつた。その理由は、當時の取引行爲は個人間の契約的協定と云はんより、寧ろ獨立國家間の國際的合意に近いものがあつたからである。

次に、メーンは更に近代社會がかゝる原始的家族制時代から進化するに至つた様式を説明せんとする者である。家族團體が聚合してそこに *gens* 即ち家を構成することになる。而して、家が更に聚集して種族を爲すものであり、種族が相集つて獨立社會 (*commonwealth*) を成すものである。最初は血縁關係が社會構成の指導原則たるのみならず、如何なる社會を問はず之がその構成の基礎を成してゐたのであつた。血縁關係以外には、人々の間には何等の同胞關係は認められなかつた譯である。それのみならず、メーンの信するところに依れば、血縁關係なき者の間に於ては、到底和合することを得ない敵意を有してゐたものとせらるゝのである。

メーン曰く「若し或る者と他の者との間に血縁關係が存在せぬときは、この兩者間には全く何等の關係が存在せぬのである。彼は殺害せらるべき敵であり、或は掠奪せらるべき若くは蛇蝎視せらるべき敵であること、恰も蠻族が攻撃を試みる野獸と擇ぶところがないのである」……従つて、共に野宿生活を營む犬の類が、何等の血族關係なき種族の人々よりも、寧ろ遙かに同類視せられ親まれた次第である (*Early History of Institutions, p. 65*)。

右の如き次第であるから、血縁關係は政治的機能を共同に行ふための唯一の可能なる基底を爲すものなりとの假定は、政治思想史の發足點である。人々は單に彼等が偶然同一地域に生活してゐたと云ふ理由から、政治上若くは法律上の權利を共同に行ふと云ふ觀念は、原始古代人には全く未知のことであり、奇怪のこともあつた。養子

制と云ふ法律上の擬制に因り始めて前示の状態（血縁關係を基礎とする）が變改せらるゝに至つたのである。かゝる考案に因つて人々は漸く血縁關係に因り結付けられぬ者は、悉く敵なりと考ふることを止めるやうになつた。又、この方法に因つて、社會關係は家族制的基礎から地域的基礎へと變遷するやうになつた。家族は社會の單位たるの性質を失ひ、個人がその姿を現すことゝなつたのである。身分はその影を潛め契約が優勢なる地位を占むるに至つた。近世社會の顯著なる特色たる國籍は、血縁關係に關係なき同胞關係の最も精巧なる唯一の形態であると云ひ得る。

三

右の點に付き暫らく停つて之を願れば、以上に於て甚だ不適當ながらもその概略を紹介したのであるが、之等の事項に於けるが如く、その總括普遍化の手際のかくも見事に包括的に、而してかくも例證的に試みられたることは、到底一般人の企て及ばざるところであつて、その天才的能力の程が窺はるゝのである。又、一八六一年——古代法が初めて出版せられたる時であるが——に於ける智識狀態を考察するに、古代法が體系化したる驚くべき業績は之を強調せざるを得ないのである。

吾々が現在依據する人類學上の智識の大部分は、極めて近世的のものである。一八六一年に於ては吾々は *Lewis Morgan*, *Sir James Frazer*, *Bass, Tylor, Lubbock, Andrew Lang, Baldwin Spencer, Cravely, Westermarck, Huxford, Schlegel* の如き先覺者、並に其他原始人に關する吾々の智識にその基礎を與へた、諸學者の組成的勞作には接することを得なかつた。舊石器時代の存在さへも一八六九年に至つて初めて *de Meubler* に依り確定せられたのである。メーンの如き、ヴィクトリア中期開拓者たる者の周圍を取圍む暗黒狀態を想起することは

決して容易のことではなく、又自由に取捨選擇し得る確實なる資料の極めて少かりしことを實感することも極めて困難と云はねばならぬ。メーン以後の智識の進歩に因り明かにせられたる、メーンの勞作に於ける欠點に付て少しく述べることにしたいが、之固よりたゞ他人の欠點のみを指摘せんとする狹量なる精神に基くものではない。

ハムムラビの法典、ヒッタイト、アッシリアの法典などが發見せられ、吾々はこゝに新なる法律の一團に遭遇することを得たのであるが、之等の法律は縱令十二表法よりも遙かに古きものであると云へ、それ等は主として世俗的性質を有したものであつて、宗教との混淆が目立つべき程度に達してをるものではない。若しかゝる法制がメーン時代に於て知れてをつたなら、彼は東部諸社會に行はれた法典は西部諸民族の法典よりも、比較的後れて出來たものであると輕々に結論はしなかつたであらう。

次に、吾々はメーンの原始生活の概念は全く奇異なるものあることを知るのである。試みに例證として *Early Law and Custom* (一九八頁) に於て爲されたる未開人家族の描寫に付き考察して見よう。曰く

「最強最賢の男子が支配權を有する。彼は嫉妬的にその妻 (*his wife or wives*) を守護するものである。彼の保護下に在る者は總て平等である。彼の保護下に置かるゝやうになつた他人の子、彼に仕へる爲めにその保護下に置かるゝ他人、之等の者は彼の庇護の下に出生した子と何等區別せらるゝところはなかつたのである。しかし乍ら、妻、子、若くは奴隸が逃亡するに於ては、之等の者が屬したる團體と逃亡者との總ての關係はこゝに消滅することとなる。而して、同胞關係、それは同時に權力に對する服從關係或は保護を受くるの關係を意味するものであるが、之また終了するものである。之は野獸がその洞窟に於て營む (*Sir George Cox* の言を借りて云へば) 家族に外ならぬのである。」

私がかゝる未開人家族は陸上に於ても又海上に於ても、未だ嘗て存せざるものと云ふのを安全と考へるのである。メーンの右の推斷は總て一片の純理論的歴史 (histoire raisonnée) に過ぎぬものである。原始人はメーンの描寫するが如く(「原始人類の普遍的交戦状態は吾々の想像し得べき如何なるも」)、常に相互に敵視状態に在つたものではなく、之と反對に *Elihu Smith* 教授の論争せるが如く(「Human History, p. 251」) 生來平和にして善良なる性格を有する者なりや否やの問題は暫く措く措くとしても、メーンの勞作に於ける眞の欠陥は彼が原始人類の立法上並に法の執行上の手續に於ける同情的魔力 (Sympathetic Magic) の無限の重大性を無視したる事實に歸することが出来る。彼が往古の法律家は同時に僧侶なることを看取したのは極めて正當である。然るに、彼が血族關係及び僧職の兩者の不可思議なる起源につき觀察せざりしは正にその欠點と云はねばならぬ。(Sir John Frazer, *Magical*) (Origin of Kings 参照)

この同一原因が又、メーンの刑法進化論の全體を汚損することになるのである。多くの原始社會に於ては、一定の刑法制度が實施せられてをつたことは、益々明瞭となつて來たところである。而して、之に依り犯罪は迷信的習俗、例へば妖術或は魔術の如きに依り、タブーの超自然的結果に依り、又は強制的自殺の手段に依り處罰せられたのである。(Malinowski, *Crime and Custom*)。妖術は、最も大なる權威を有するものであると聞いてゐるが、嫌疑せらるゝ人々を除去する爲めのカニル族の公式手段であつたのである (Rev. H. H. Dugmore, *A Compendium of Kafir*) (Laws and Customs [Grahamstown, 1906.] 参照)

Sir John Frazer は法學者が刑事裁判を復讐の理論から論理的に演繹するに至つた以前にありては、長い間迷信にその基礎を置いたものであることを吾々に示してをるのである。かくして、殺害せられたる者の亡靈を恐怖するの念は殺害者に對し峻烈なる共同行爲を加ふることとなる譯で、それは、刑罰と云はんよりは寧ろ淨化即ち精神的消毒方法と考へられたのである。淨化にして殺害者を拘禁するの形式を採るときは、それは刑罰と大差なく又威嚇

防衛手段としてもその效力に於て殆んど異なるところはない。若しも人にして絞殺せらるべきものとせば、それは多少の慰安となるべく、絞殺は刑罰に非して淨化なりと云はるゝのである (Sir J. G. Frazer, *Psyche's Task*, pp. 151-2, これは)。
 メーンの説に従へば、古代社會の刑罰法は犯罪に關する法律ではなく不法行為に關する法律である。殺害者は加害者(不法行為者)に對し普通の民事訴訟を提起するものであつて、若し勝訴したる場合には、金錢賠償の形に於て損害の賠償を求め得るのであつた (Ancient Law)。²ところが實際の狀態は正に之に反するものである。古代の法制は被つた損失或は損害に對し賠償を得せしむることに關するものではなく、加害者即ち不法行為者に對し彼自身が加へたる損害と同様なる損害を以て報復することに關するものであつた。 *Falovics* 教授は損害額を金錢的方法に於て量的に算定する近代的觀念は、質的方法に於ける復讐の古代觀念と嚴然たる對照を爲すものであることを指摘してゐる。而して、右復讐的方法に依つて刑罰は犯罪から結果したる損害よりも、寧ろ犯罪その者の性質に適應するやうに爲されたのである。即ち支配原則は公當性に在つたのである (F. H. Jolowicz, 'The Assessment of Penalties in Primitive Law' in *Cambridge Legal Essays*, pp. 204-5)。
 このことは復讐法 (*Jex talionis*) に於て最も明かに現れてゐるところである。

古代法制の多くに於て、被害者或はその親族は救済及び判決の執行兩者に對する權利を主張することを、豫期せられたことは眞實である。しかし乍ら、例へばアッシリヤ法典に依り夫に附與せられた、その妻及びその愛人の耳及び鼻を切斷するの權利を呼んで「損害賠償を求むる民事訴訟」とするは蓋し言葉の誤用と云はねばならぬ。古代アッシリアの法律並にハムムラビ法典は、被害者は損害賠償請求權に非して大いにその性質を異にする犯人處罰權を附與せられたる例が甚だ多いのである。しかのみならず、*Lowie* 教授の指摘せるが如く原始人の多くは個人が個人に加へた不法なる行為を認めるばかりでなく、全協同體に依つて遺恨を感じらるべき暴行をも認めてゐたのである (Prim-

Society,)
p. 415.)

民法の範圍に於ても、メーンは又迷信の著しい影響を看過したのである。彼は宣誓の嚴しき狀況は之を認めた。しかし乍ら、彼は宣誓或は呪詛の法律上の意義を把握することには成功しなかつた (Jane Harrison, Prolegomena to the Study of Greek Religion, 3rd. ed., p. 139)。このことは、特に契約法の發達に關して顯著である。社會が身分より契約へと推移することに因つて影響せられた人類生活に於ける廣大なる變化に、深く感動した者は古代法の著者たるメーンに及ぶ者はあるまい。故に、古代法のうちにもこの問題に付ての有名なる句がある次第であり、その眞理たるや一度は之を疑ふべくもない程に思はれたのであつた。しかし乍ら、かゝる變化を惹起する上に於て、與つて力ありたる實質的原因に付てはメーンは著しく無智たる者である。善良なるヴィクトリヤ王朝の著作家同様彼は契約自由の發展を、向上せられたる道徳意識に歸するものである。彼は、人々が近世契約法に依つて暗示せらるゝ道徳の向上を認むることに付き、嫌厭たるものあるを悲むものであり、又人々は吾々同胞の間に存する誠實及び信頼の念は往古よりも遙かに廣く一般に普及せる事實を洞察する能力なきことを認むるに付き、嫌忌の念あるを悲むものである (Ancient Law, p. 306-7, 333)。然るに、吾々は Sir James Frazer の著作其他から人類を可成り信頼し得べき者とし又依據し得べき者とするのことは、道徳的向上に因つて達成せらるゝこと少く、却つて恐怖の念又は迷信に因り、各種の迷信的力を包含し又恐るべき人類の虐殺及び動物の犠牲、四肢の切斷、受難等に依つて支持せらるゝ宣誓の方法を以て達成せらるゝことの大なるを知るのである (Sir J. G. Frazer, Folklore in the Old Testament, I, p. 392 et seq.)。契約の神聖」を論ずる者は、彼等が普通に知るよりも現象 (a series of phenomena) をよく敘述するものであるが、之等の現象を更に仔細に検討するときは彼等と雖も之を賞揚するの困難なることを知るに至るであらう。

古代法が出版せられたその同年に *J. J. Bachofen* に依り *Das Mutterrecht* (母權論) と題せられた書物が現れたのであるが、その内容は社會の起源に付きメーンと全然反對の意見が開陳せられてゐる。*Bachofen, Melsman* 及び *Lewis Morgan* は人類學の一派を樹立したものであつて、社會の初期に於ては家族は家族として存在したるものでないことを主張してゐるのである。個人間の婚姻は行はれてをらなかつた。即ち團體内に於ける亂婚及び父系の不確定と云ふことが一般的法則であつた。而して、子供達は特定家族の子孫としてよりも、寧ろ之等は全體としてその團體に屬してゐたものと考へられたのである。父よりも母が重要な地位を占むるものであつたから、母系親的であり又母權が一般に行はれたものとせらるゝのである。

母權説及び父權説の相對立する主張に關する論争は殆んど四分の三世紀も行はれたところであつて、可成り激しく争はれたところであつた (*Lowie, Primitive Society*)。かくの如く、多くの著名なる權威者がかくまでの興味と學識とを以てしても、意見の一致を見ない點に付き、人類學者に非ざる者が、縱令先史時代研究者からかくも興味ある論争の原因 (*an apple of discord*) を奪ふことは望まじきことであるとしても、論戰の終局的結果に對し意見を披瀝することは差出がましきことと云ふべきであらう。しかし乍ら、讀者がメーンのこの問題に關する部分は一般から速かに且又容易に承認せられたものであると想像する處あるを以て、この論争に付て一言せざるを得なかつたのである。さりながら、前示兩説は孰れも事實の總てに適應することを得ないものではあるにせよ、メーンに依つて紹介せられたる父權説は之を母權説に比するときはより多くの證據と一致するものである。

批判の目的を以てあらゆる意見が述べられたとき、こゝに不思議に思はるゝことは *Sir Frederick Pollack* の言に従へば、メーンの研究の成果は之を訂正するの必要を認めらるべきでなく、却つて、その必要は極めて僅少な

りと云ふことである。メーン以後に於ける思案と研究とは、メーンの指導理念の多くを裏書すること蓋し驚くべきものがあるのである。従つて、*Sir Frederic Pollock* の云へるが如く「メーンは恰もナポレオン法典の出現に依つて *Montesquieu* の名が忘却せられるに至ることなきと同様、その名も亦近世諸學者の精勵と學識才能を以てするも、決して忘れせらるゝことはないのである」(Oxford Essays, p. 154.)

四

私法の範圍に於てもメーンは遺言法、相續法の進化又は私有財産法制及び契約法制の進化に付き、極めて興味ある例解に富む研究を爲してをるのである。彼は古代ローマに於ける無主物(*res nullius*)を論ずる場合なりと將又インド若くは東部ヨーロッパに於ける村落の間に行はれた總有制を檢討する場合たるとを問はず、常に又普く特定の時特定の場所に於て存在したる特定社會の慣習のうちに發達せる法律に着眼したのである。しかも、歴史的展望即ち發展進化の感覺、過去及び現在の關係が常に暗示せられてゐるのである。彼の一般的結論は、文化は本質的に私有財産權の出現に依つて可能となる行動の自由に歸因するものなりと云ふに在る。之はアリアヤ人社會を通じての村落團體家族團體の比較的古き形態の間に見出さるゝ相對的な不動聚會的所有權と對照することに依つて明かなところである。何人と雖も個人的財産權を非難するの自由を有してゐない。又之と同時に、彼が文化を尊重するものなりと云ふの自由を有してをらぬ。と云ふのは、彼がケンブリッジ大學の *Rede* 講座 (*Sir Robert Rede Lecture*) に於て辛辣に云つてをるのであるが、この兩者はしつかりと絡み合つてゐるからである。彼は聽講者に告げて曰く、文化はアリアヤ人社會の古き情勢であつた。而して、それは瓦解したが、永劫に多くの融解的勢力の下に再建せらるゝところであつた。そのうちで最も力強きものは、聚會的所有權が私有財産權に代位せられたことである (The Effects

of *Observation of India on Modern European*)。それにも拘らず、彼は經濟的抗争は比較的近世の現象なることを認め、*Thought, Rede Lecture, pp. 28-30.* 又自由市場に於ける土地の無制限賣買は、近世に至つて行はれたるものであるのみならず、明かに西部の人々の間に行はれたものであるとしてゐる。ロシアに於ては全然又其他の國に於ては或程度まで、私有財産權に代つたところの聚合所有權の近代的形態に基き、彼の見解を擧ぶことは興味ある問題であらう。之に付ての考察が如何なるものとならうと、それは確かに平凡たるものにはなるまい。何となれば、メーンは決して平凡なる者ではなかつたからである。彼が經濟問題及び經濟學に對して有したる關心は、頗る大なるものがあつたと云はねばならぬ。

五

メーンの政治制度及び政治學上の理論に付ての見解は、彼の死に先つこと二年即ち一八八五年に出版せられたる *Popular Government* (庶民政治論) 中に詳細に表示せられてゐるのである。彼が先づ第一に力説しようとする點は庶民政治の極度の脆弱性である。近代世界の事實は——ヨーロッパ、南北兩アメリカの孰れに於ても——彼にとつて庶民政治は永續性を示す見込あるべしとの假定は、之を支持するに足るものでないやうに思はるゝのである。二三の小國家例へばオランダ、ベルギーの如き——外國との戦争に乘出すにはその力は余りに薄弱である——或はスカンデナヴィアの諸國の如き——こゝには政治的自由の長い傳統がある——の例外はあるとしても、之等を除外するれば、彼はヨーロッパに於ける政治は諸種の代議制が現出して以來、益々その安定性を欠くに至つたことは經驗の示すところに依つて明かであると考へたのである。之は單に偶發的原因に基くものではなく、一定せる原因に基くものであつた。右原因中その第一は民主政治は政治組織形態中最も困難なるものであつて、之は主として國民一般の意思を發見することの不可能なることに起因するものである。メーンは立法に對する指導原則として、かのペンサムの主張する

最大幸福主義を是認するものである。メーンの主張するところに依れば、この主義は實に立法權が之を理解し以て従ふことを得る唯一の基準である。しかし乍ら、多數の市民がその幸福を増進するが爲めに政治に參與することを求められたる場合に、かゝる多數の者から決定を得ることに付き困難が存するばかりでなく、その幸福が要求するところのものを知ることを確實ならしめ、或は如何にしてその幸福が最もよく増進せられ得るかを確定する問題が横はつてゐるのである。之等の困難は之を抑制し難き程度のものであるから、民主政治は或種の之と關係なき他の力に依つて援助せらるゝことなしとせば、到底之を運用するに由なきものである。然らば、之を援助する外部的力とは何か。之政黨制度に外ならぬ。メーンは政黨は恰も宗教上の信條の如きものであると云つてゐる。而して、その規律は軍隊のそれに類似するところがある。不幸にして一般に政黨制度は公生活に於ける腐敗乃至墮落へ導くこととなる。試みにアメリカ合衆國及びフランスの例を見るも、之を知ることが出来るであらう。イギリスに於ては十九世紀の末葉に至るまで腐敗の有様を見ることが出来る。メーンは云つてをるのであるが、正にその通りである。しかし、この頃に於て文官任用法、不正行爲防止法(Corrupt and Illegal Practices Prevention Act, 1883, 1895)等が制定せらるゝこととなり、之等は所謂「天晴れなる救済方法」ではあつたが、メーンは「アメリカ合衆國から候補者豫選會の制度を借用し、而して、この機械の車輪の回轉を滑かにするため、その本國に於て用ひらるゝ油に吾々の手を汚すことを拒絶したこと」から生ずる結果に付ては、甚だ疑なきを得ないとしたのである。メーンの豫言するところに従へば、吾々時代の弊風は「立法に依り一の種類の財産を廢して、之を他の種類の財産に變更することである」。

庶民政治を崩壞に導くものとメーンの信じたる特殊の危険は、一方に於ては彼の周圍に目撃した帝國主義即ち軍

事的意義に於ける國民的實力に對する欲望と、他方に於ては民主政治思想との間に行はるゝ衝突である。彼は可成りの識見を以て、大なる軍隊は明かに庶民政治と兩立せざるものであると云つてをる。何となれば、軍隊の最高美德は服従である。然るに、民主政治の柱石は優者を非難し批判するの權利であるからである。帝國主義及び民主政治の原理は斷然相互に矛盾するものである。

メーンの見解に於ては、民主政治は君主政治の轉倒型である。その結果、それは君主政治と同一の欠點を有することになるのである、それは阿諛追従の影響を被り易い。就中、それは進歩的ではない。民主政治が非進歩的なりとの論は、メーンが庶民政治を非難する主たる理由である。彼の主張するところに依れば、一般人々の偏見は特權階級のそれよりも遙かに強大なるものがある。而して、之等は更に一層危険である。何となれば、それは科學的歸結と衝突し易いものであるからである。かくして、彼は「廣汎なる參政權は進歩、新思想、新發見及び新發明、新技能を助長するものである」と云ふ觀念は「卑俗なる考のうち最も不思議なるもの、一つである」(P. 35. *Popular Government*)^oとしてをるのである。イギリスをして有名ならしめ、又富ましめたるところの總ては、極めて少數の人々に依つて成し遂げられたところであることを、メーンは深く信ずる者である。故に、過去四世紀間に一般參政權が認められてつたならば、宗教改革、宗教的異說寛容、王朝の變更、曆の改正等の現象は悉く之を見ることを得なかつたものと、メーンは言明してをるのである。打未機、力織機、蒸氣機關等も亦悉く差止められてをつたであらう。メーンの眼に少からず有害に映じたものは、民主政治は經濟的平等を現出し、之に因つて競争を廢滅するの傾向ある情勢である。ダーウィン及びスペンサーの影響を被りたることを明かに認め得べき一節に於て、彼は人類をして現在その量に於て常に増加しつゝある富を生産する勞働と努力に精勵せしむる動機は、必ずや富の不平等を余儀なく課せらる

ゝが如きに在るものとしてゐるのである。「之等の動機は吾々の生存に對する熱烈なる鬭争、即ち他人を排擠して以て適者生存の法則に依り、長く自己を安泰の地位につかじめんとする甚だ仁徳ある私的戰鬪に依つて、行爲に活動力を與ふる源泉である」。産業的強制の手段として、經濟的競争に代るべき唯一のものは奴隸制度 (slavery or peonage) である。メーンが民主政治に對し加へたる最後の而し又最も著しき非難は、それが貴族社會を生ぜしむることを得ない點である。しかも貴族社會は政治的又社會的優位の一形態にして、彼の見るところに依れば、總ての發展進歩の源泉たるものである。

六

若しメーンにして庶民政治論を書かざりしとせば、彼はその政治的所見に於て自由主義者であつたらうと思はるゝことは想像に難くないところである。―勿論この場合には *Maitland* の如き一大例外はあるとしても、イギリス法律史家の顯著なる傾向として、政治上に於ては極端なる保守主義者となるものであることを暫く心外に置くものである。若し又、メーンにして庶民政治論をもう二十五年も早く、即ち彼がインドに於ける經驗を得ないうちに執筆したとすれば、それは甚だ趣を異にしたる著作となつたであらう。

吾々は先づ最初にメーンが庶民政治の脆弱性に關して述べたことが、現時に於て可成りの程度まで確實となつたことを承認することが出来るのである。近時イタリー、ポーランド、ドイツ、ハンガリー及びその他の諸國に於ける出來事は、メーンが民主政治は單に甚しく弱點を有する政治組織なるのみならず、又軍國主義者の目的には全然調和せざるものなることを斷定したことは全く正當なりとの證左となるのである。或は又スペインに於ける獨裁制がその力薄弱なりしことは、以てスペインに於ては民主政治が強大なる力あることを立證する何等の證據ともな

らぬのである。民主政治の甚だ困難なることは現在に於て何人も疑はざる眞理と云はねばならぬ。

メーンは政治制度を廣大なる期間に亘つて檢分したと云ふ意味に於て、彼は政治制度の長期間の考察を爲したと云ふことになるが、それにも拘らずその範圍に於ける彼の概念は極めて狭少である。彼は政府の義務は國家的存在の保全、國家的強大と威嚴の維持、及び法律遵守の勵行に在りとした。總て之は明かに十九世紀的風味を有するものである。彼は社會貢獻、一般公衆の健康、教育、住宅問題、正義、貧困等に關しては一言も費してをらぬ。若しメーンにして國家の機能に付き一層廣き見解を持してをつたならば、恐らく彼は前示諸問題のうち少くとも或ものは、庶民政治組織の下に於ても相當成功して之を行ひ得るものであることを認めざるを得なかつたであらう。しかし乍ら、古代法の著者としてのメーンは、眞に貴族主義者であり又學者であつた。無意識的に彼は一般大衆を蔑視した。彼は彼がさしも寫實的に敘述せる人類の悲惨窮境に對して何等憐愍の念を有しなかつた。彼が常に言及する所謂「進歩」の一形態は、社會協同體の構成員が政治機關が彼等の支配内に在ることを知つたとき、社會協同體に來るべき満足感と解放感とであると云ふことの意識を有してをらぬのである。

メーンの立場を防禦して論ずる者は、彼は進歩と云ふことを新思想を絶えず生み出すものとして定義したに過ぎぬのであるから、之は一般普通人の感情と何等の關係を有するものではないと主張するのである。しかし乍ら、假に論者の云ふが如くであるとしても、メーンはその特定方面の進歩に對し、如何なる法律上又は政治上の條件が有利なるかを決して考察することはなかつた。新思想の絶えざる流は一般大衆が困窮せる貴族政治の下に殆んど農奴と擇ぶところなき生活をしてをる場合よりも、相當なる條件の下に生活し、しかも或る範圍に於て政治に參與することを得る社會から一層速かに流出するものであると云ふことは、メーンの嘗て思ひ及ばなかつたところである。縦

令吾々が人類の大部分は變化に對し大なる嫌惡の念を抱くものであると斷定するメーンの主張を正當なるものとしても、その結果必然的に民主政治——之は絶えざる變化を現出する傾向を有するものであるが——を悪しきものとす結論を生じない。のみならず、反之それはメーンが力説したる人類の固定性に反すると云ふその理由の爲めに、却つて大いに望ましきものであるとも云へるのである。メーンはその後の著作の或るところで、憤慨の念を現してをるのである。それは彼が社會は變化に對し本能的に反對するものとして頑強に主張して來たのであるが、その社會が彼の眼前に於て不斷に又迅速に變化しつゝあつたからである。彼を當惑せしめたかゝる現象は、一般人々がルッソー、ベンサム等の誤説を承認したからであると入念に説明したのであつたが、かゝる説明はメーン自身にとつても満足することは出来なかつたところである。

人類が極めて保守主義的なることに付てのメーンの確信の大部分は彼の時代に於ける社會的又法律的制度のうち、彼が甚だ古きものと信じたる社會段階から殘存せる無數の遺物を發見したと云ふ事實から發生したものである。しかし乍ら、メーンの時代に一般に行はれた古代の概念は、現在の吾々のそれに比すと遙かに制限せられてゐたものである。従つて、その結果彼が殆んど歴史の黎明期を成すものと信じてゐた社會の各時代は、實際に於てはそれよりも後代の發展期に屬するものである。若しメーンにして、現在先史時代に關する一般智識となつてをるところのものを知つてゐたならば、過去を保存しようとする人類の性質に感動したよりも、人類の爲した長足の進歩に付き一層深く肝銘したに相違あるまい。

庶民政治論から流出する結論は、メーンがこの書に於て強調した人類の政治的性質及び社會史に關する特殊なる事實に、實質上その基礎を置くことは之を感じざるを得ないのであり、又メーンの強調せるところは、彼固有の

選擇に依つて注入せられてをるものであることも之を感じざるを得ない。要するに、彼の庶民政治論は一言にして之を云へば客觀的ではないと云ふことになる。メーンはその性質が保守的であつた。故に、彼は政治的變化は之を信じないのである。彼はよし生れながらの貴族ではないにしても、その性質は貴族的であつた。故に、彼は民主政治を信じないのである。彼はまた歴史家であつた。故に、彼は自然の權利を信じないのである。かくして彼は、變化は人類自然の性質に反するものなること、民主政治は不成功に終らねばならぬこと、自然の權利に付ての論は無意義なること等を明確に立證するやうに思はるゝ人類歴史のかゝる局面を選択し、又そこに重點を置いたのであつた。

七

メーンはその政治的意見に於ては保守的であつたと云ひ得よう。しかし、彼は確かに保守的と云ふ語の如何なる意義に於ても、反動主義者又は反進歩主義者ではない。實際的發展及び社會的進歩に於ける彼の信念は、インド並びにイギリスの兩者に於て法律の改正に對し、彼の有したる大なる興味に依つても明かなるところである。イギリス及びその影響の下に在る諸國以外の總ての文明國に於て採用せられてゐる土地讓渡の公示主義を以て、この世紀に於ける法律上の一大發見としてをるのである。彼はこれに付き指摘して曰く、「それは法律改革者が目論む總ての目的に付き定を設くるものである。即ち、權原の保障、費用の低廉、權利を明確に知り得ることなどがそれである」(Minute to Indian Government, 1879, Grant Duff, p. 52.) 彼はインドに於ける熱心なる法典編纂の支持者であつた。彼書して曰く、「私はインドに對する不法行爲法典の實施が無期延期せられたることを驚愕を以て眺むるものである」と。若しも事件が判決例に依つて決定せらるべきものとすれば、それは事實上立法の形式に依りて定まることゝならう。しかし乍ら、それ

は判決例の羈絆の下に在り又數千哩を隔て、異なる氣候の下に又異なる文化に對して發達したる外國法に屬する類推の下に在る、外國人に依る立法と化することになるであらう (Minute to Indian Government)。彼は「判例法の恐るべき程の蓄積、それは一般人々の不平の聲よりも遙かに重大なる革命の脅威をイギリス法學に齎すものである」

(Roman Law and Legal) ことを言を極めて非難したのである。彼は又、イギリス衡平法制度を非難し恰も最初大法官がコンモン・ローの効果に干渉した時代コンモン・ローの規則は最も嚴格なるものであつた如く、衡平法も亦甚しく

凝固し、膨脹力を失ひ、又道徳的にも陳腐のものとなつたとしてをるのである。

しかし乍ら、メインの名聲がこれまで既に久しく稱へられ、又將來に於ても長く稱へらるべきことは、彼が實際的手腕を有する行政家であると云ふ爲めでもなく、又法律改革者であると云ふ故でもない。彼の政治的意見或は社會的見解の性質が如何なるものであらうと、教師として又著述家として、彼は彼時代に於ける最も虚心坦懐な、而して又最も進歩的力ある者であつた。彼は何等他より助力せらるゝことなく、又先驅者もなく、イギリス法學者が未だ嘗て占むることを得ない而して又それ以後と雖も何人も敢て占めようとしめない智的領域に入つた譯である。

メインが世界を觀測した卓越せる尖峰から、彼は——中世紀及び古代世界に付ての偉大なる師の如く——彼の領分の爲めに總ての智識を採取したのであつた。思想史、社會制度の發達、言語及文學に關する學問、人類學、經濟學、政治學。之等をその他の織絲と共に歴史及比較法學と云ふ絲に織込み、以て比類なき美事なるものとして世に送つた次第である。彼は明かに制度の解説者と云はんより、方法の開拓者である。しかし乍ら、それにも拘らずサー・フレデリック・ポーロックの云へるが如く、彼は法の自然史を創立した者に外ならぬ (Introduction to Ancient Law, 1930 ed. p. xvi)。法の文化

的方面がイギリスに於けるよりも遙かに大なる理解と興味とを以て研究せられてゐるヨーロッパ大陸に於てさへも、メーンの論説と比較し得べきものは殆んど之を見ない有様である。たゞその間に於てかのフランスの *Fustel de Coulanges* の著したる *La Cité Antique* (古代市府論) の如き二三の著名なる事績の見るべきものあるは勿論である。

メーンは實に單に獨創的のみならず、又獨自的なるものがあつた。この事實は現在吾々法律家をして大いに赤面せしむるものである。彼は彼が通つた偉大なる道跡を明かに示し、又まだ見ぬ世界を探検した。彼は従來の思想の範疇を打破し、以て新しき有益なる智識の典型を作つたのである。

しかし乍ら、何人が彼の後に従ふことを得たかを人は問ふであらう *Vinogradoff* の如き大なる例外はあるが、それ以外に於ては吾々法律家は依然として狹隘なる墻壁中に隔離せられ、自ら安んじて古き道を靜かに歩むばかりである。苟も訪れ來る者の聲するときは、それにはだゞ人類學者、歴史家が答へるのみである。 *Sir James Frazier*, *Jane Harrison*, *Gustave Glotz*, *Malinowski* 教授の如きはその仕事の精神に於てはメーンの直系者よりも却つて彼に近きものがあるのである。

吾々の懈怠にも拘らず吾々に呼びかくる聲には、依然として著しいものがある。吾々の時代に於ける考古學、人種學の方面に於て爲されたる目ざましき發見、今日まで地中に埋れたる文化の總てを明かならしめたこと、歴史的智識が漸次蓄積すること、一方に於ては法と法律制度との間又他方に於ては經濟組織、政治思想及び心學的力との間の有機的關係に於て各方面に現れたる徵候、之等は總て吾々がメーンを單に風變りな天才として稱揚し、而して聽て忘らるべき者として之を見るべきでなく、吾々の能力及び機會の許す限りに於て追従すべき吾々を激勵し吾々

(426)

今日に於けるヘンリー・メイ

に智識を注入する一例として之を見るべきであることを要求してゐるものである。

一八六

(終)