

「法社会学論争」の教訓（六）

——市民法学（ないし市民法論）の＜戦前＞と＜戦後＞・
ひとつの素描——

川 角 由 和

〈目 次〉

- 一 はじめに——本稿の目的とその限界
- 二 「戦前」の市民法学（ないし市民法論）
 - 1. 明治期自由民権運動
 - (1) 自由民権運動前史
 - (2) 自由民権運動の開始と展開そして終焉
 - 2. 明治期日本民法典の成立
 - (1) その時期の一般的動向
 - (2) 旧民法（ボアソナード民法）の公布とその実施延期
 - (3) いわゆる「民法典論争」
 - (4) 明治日本民法典の成立 (以上、龍谷法学49巻4号)
 - 3. 大正デモクラシーの時期と昭和初期
 - (1) 大正デモクラシーの時期
 - ① その時期の一般的動向
 - 〔i〕 大正デモクラシー前史（明治民法典成立後の一般的動向）
 - 〔ii〕 大正デモクラシー期の一般的動向
 - ② その時期の民法学の状況
 - 〔i〕 序論——明治民法典成立後の注釈法学及び概念法学とその評価
 - 〔ii〕 大正デモクラシー期の民法学
 - 〔イ〕 岡松参太郎
 - 〔ロ〕 鳩山秀夫
 - 〔ハ〕 牧野英一 (以上、龍谷法学50巻1号)
 - 〔ニ〕 末川博
 - 〔ホ〕 我妻榮 (以上、龍谷法学50巻2号)

[ヘ] 穂積重遠 (以上、龍谷法学50巻3号)

[ト] 中島玉吉 (以上、龍谷法学50巻4号)

③ その時期の「市民法学」(ないし市民法論)の状況

[イ] 岡村司

(a) 序論——岡村司の略譜と彼の民法学の特徴

< i > 序説

< ii > 岡村司の略譜

< iii > 岡村司の民法学の特徴

(b) 岡村司の財産法学

< i > 「所有権論」

[α] 序論——「所有権の絶対性・排斥性(排他性)・恒久性」

[β] 「所有権」の発生原因論

[γ] 「所有権」と社会主義思想

(あ) プルードン

(い) マルクス

(う) ヘンリー・ジョージ

[δ] 岡村司の所有権論

< ii > 「労働契約論」

[α] 「労働契約」に関する岡村司の基本的問題意識

[β] 岡村「労働契約論」の特徴

(あ) 岡村による「労働契約」の定義づけ

(い) 岡村による「労働契約」の性質規定

(う) 岡村による「労働契約成立」要件論

[γ] 岡村「労働契約論」と末川「雇傭契約論」との比較の試み

(c) 岡村司の家族法論

< i > 岡村「家族制度變遷」論

< ii > 岡村「親族の将来」論

< iii > 岡村「女人の地位」論

< iv > 岡村「戸主権制度」論

< v > 岡村「家督相續制度」論

(d) 岡村司『民法と社会主義』を振り返る (以上、本号)

[ロ] 末弘巖太郎

(a) 末弘巖太郎の略譜と末弘民法学の特徴

< i > 末弘巖太郎の略譜

< ii > 末弘民法学の特徴

(b) 若き末弘巖太郎の民法学

- < i > 多才と好奇心——「刑法」と「民事訴訟法」そして「民法」
- < ii > 「成文法ノ解釋ト不文法」——末弘「慣習法」論の芽生え
- < iii > 「第三者の債権侵害」論（債権の不可侵性論）と「債権の排他性批判」論

< iv > 『債権各論』の特徴

(c) 末弘民法学の< 転換 > と「法社会学」そして「市民法学」

< i > 帰国直後の末弘民法学——『物権法』と並行した作業

< ii > 『物権法』の特徴

< iii > 「嘘の効用」は何を語ったか

< iv > 「農村法律問題」の意義

< v > 『労働法研究』の内容と影響

[ハ]〔補論その1〕平野義太郎

[ニ]〔補論その2〕美濃部達吉

(2) 昭和初期

① その当時の一般的動向

② その当時の民法学の状況

[イ] 我妻栄

[ロ] 牧野英一

[ハ] その他この当時の「信義則論」の展開

[ニ] 穂積重遠

[ホ] 中川善之助

③ 「市民法学」の継続とその変容（「市民法から社会法へ」）

[イ] 末川博

[ロ] 末弘厳太郎

[ハ] 橋本文雄

④ いわゆるマルクス主義法学の展開

[イ] 加古祐二郎

[ロ] 平野義太郎

⑤ 補論——天皇機関説事件

4. 昭和の天皇制ファシズム期

(1) その時期の一般的動向

(2) 「日本法理研究会」の発足

(3) 「市民法学」の崩壊と再生の胎動

(4) 〔補論〕マルクス主義法学の状況

5. 小括

三 「法社会学論争」について

1. 歴史的背景
2. 論争の端緒
3. 論争の内容
4. 論争の特異性
5. 論争の「教訓」
6. 小括

四 「戦後」の市民法学（ないし市民法論）

1. 「法社会学論争」を受けて（とくに山中「市民法論」への批判の在り方）
2. 「法解釈学の方法」に関する論争
3. 「判例研究の方法」に関する論争
4. 「市民法学」（ないし市民法論）の現代的到達点
5. 補論——「民法改正」（債権法を中心とした改正）をめぐって
6. 小括

五 結語——残された課題等を中心に

二 「戦前」の市民法学（ないし市民法論）

3. 大正デモクラシーの時期と昭和初期

(1) 大正デモクラシーの時期（続き）

③ その時期の「市民法学」（ないし市民法論）の状況

〔イ〕 岡村司

(a) 序論——岡村司の略譜と彼の民法学の特徴

< i > 序説

ここで筆者は、岡村司（1866-1922年）をわが国「市民法学」の先駆者として位置づけている¹。かりに近代市民法の単なる崇拜者をもって「市民

1 清水誠「末弘厳太郎著作集刊行の夢」法律時報73巻1号（2001年）81頁も、岡村司を明確に「市民法学」の系列に据えている。なお、この清水論文では「わが国における市民法学の系譜の根幹に位置する学者」として、まず岡松参太郎、末弘厳太郎、戒能通孝が挙げられ、次に「その流れにおいて捉えて然るべきだと思われる法学者」の筆頭に岡村司の名前が出てくる。それ以外に末川博や我妻栄の名も列挙されている。筆者（川角）の個人的な「市民法学者」観から

法学者」とするのであれば、本稿の位置づけは的外れかも知れない。むしろ岡村は、「近代市民法」の拠って立つ社会的基盤、それがもたらす社会的現実を批判・痛罵してやまなかった²。にもかかわらず、なにゆえ本稿で岡村をわが国「市民法学」の出発点に据えるのか。この問いかけ自体、きわめて重大な問題性を含む。その答えは、本稿の考察全体を通じて論証されるべきものであるかも知れない。ただ、あえて指摘しておくなら、岡村司の徹底した自由主義、個人尊重、平等主義（男女平等・夫婦平等を含む）、反権力主義・反権威主義及び独特の「社会的リアリズム」そして「社会進歩への確信」に、その理由を集約することができよう。そしてこのような理由づけは、筆者（川角）自身、「岡村司の如くありたい」という個人的願望の裏返しでもある。

< ii > 岡村司の略譜

岡村は、1866年（慶應2年）12月14日、茨城県猿島郡古河町（現・茨城県古河市）でその生をうけた³。1892年（明治25年）7月に当時の「帝国大学法

ゝすると、岡松参太郎も我妻栄も、さらに末川博も「市民法学」の系譜からはずれる（ただし昭和初期の末川は別である）。このような筆者流の位置づけ方自体、「私（清水）のいう日本の市民法学という観念はきわめて主観的なものであり（もちろん、私なりの定義をして用いているが）、いわば勘に頼り、予断と偏見に基づくものである」（清水誠・前掲論文同頁。括弧内・原論文）という観点以上に、より「主観的」であり、「恣意的」であるかも知れない。なお岡松参太郎につき、拙稿前編・龍谷法学50巻1号182頁以下、我妻栄につき、拙稿前編・龍谷法学50巻2号198頁以下、末川博につき同2号108頁以下（いずれも2017年）を参照。

2 このような「近代市民法」及び「近代家族法」に対する岡村の批判的姿勢については、熊谷開作「岡村司」潮見俊隆＝利谷信義（編）『日本の法学者』（1975年）115頁以下、特に120頁、122頁、125頁以下、128頁参照。ただしこのうち、128頁の記述は、もし岡村がその生を長らえ1917年の「ロシア革命」を経たのちも研究活動を継続していたであろうならば、という仮定のもとで、「（岡村が）近代市民法をどのように批判しつつけていったか、ぜひ知りたい」という熊谷開作（1920-1990年）の願望を込めた文章である（括弧内・引用者）。

3 熊谷「岡村司」（前注2）116頁参照。熊谷は京都大学法学部に保管されている岡村の履歴書に依拠している。

律学科」(現・東京大学法学部)を卒業した。26歳の年に卒業しているので、やや遅咲きの感がある⁴。ともあれ「帝国大学法科大学(「法律学科」)」では、梅謙次郎(1860-1910年)が1890年(明治23年)8月にフランス・ドイツ留学から帰国し、30歳で教授となり雄弁を振るっていた⁵。したがって、岡村も梅の講義を受けたものと推測してよからう⁶。ただし本稿では、フランス・リヨン大学で博士論文⁷を書いたフランス民法学者・梅謙次郎の、岡村司への影響の強弱を即断するわけにはゆかない。ともあれ岡村司は、「帝国大学」でフランス法を専攻し、1898年(明治31年)9月30日付けで東京帝国大学法科大学講師となった⁸。そして岡村は、その翌年1899年(明治32

4 なぜ「遅咲き」であったか、理由は不明である。本稿前注2の熊谷論文同頁でも、出生年からいきなり卒業年に移っており、その間の消息は分からない。

5 向井健「梅謙次郎」潮見＝利谷(編)前掲書(前注2)73頁以下、特に77頁参照。

6 「原稿」をみることなく「滔々と口をついて出る弁舌にまかせて説かれた」とされる梅謙次郎の講義が、もしかすると若き岡村の胸を打ち、「フランス法専攻」を決意させたのかも知れない。梅は、帰国早々、多忙な日常生活を送っていた(「帝国大学法科大学教授」と「和仏法律学校」[現・法政大学]の学監を兼ねつつ「超人的」な著述活動に追われていた)。にもかかわらず梅は、大変教育熱心であり、試験採点後は誤字添削のみならず、「評語」を付して学生に答案を返却していたとされる。向井・前掲「梅謙次郎」(前注5)77-78頁参照。そのような梅の姿が、若き岡村司をフランス民法学の研究へといざなったのではないだろうか。

7 著名な『和解論』が梅の博士論文であった。Kenjiro Ume, *De la transaction*, 1889. 現在その全訳版が松江市立図書館に所蔵されている。その翻訳作業は、島根大学法文学部の田村耀郎教授のリーダーシップのもとで、1989年に完成された。島根大学在籍時代に筆者(川角)も、ごく一部であるがその作業に関わった。

8 1897年(明治30年)に京都帝国大学が設立されたことに合わせ、それまで「帝国大学」と称していた東大は「東京帝国大学」と改称した。なお、岡村が東京帝国大学法科大学講師となった当時、1898年(明治31年)9月前後、彼は、すでに『法學通論・全』(1899年(明治32年)9月刊行。頁総数836頁)の執筆に没頭していたものと推測される。ただし岡村が、講師として東京帝大で「法學通論」(ないしそれに相当する科目)の講義を担当していたかどうか、断定できない。当時「法理學」の講座主任教授は穂積陳重(1855-1926年)であったが、「法理學」とは別に1882年度(明治15年度)から「法學通論」の講義が開設され

年）8月3日、京都帝国大学法科大学助教授に就任し、同月31日から民法研究のためフランスへ留学している⁹。3年後、1902年（明治35年）9月に帰国した岡村は、早速教授に昇進し、民法第三講座及びフランス法の講座を担当した。しかし、順調にみえた彼の研究・教育活動もそう長くは続かなかった。1911年（明治44年）7月17日、岡村は、岐阜県教育会主催講演会での家族制度に関する講演内容を理由に、文部省（当時）から譴責処分を受けた。そして彼は、その3年後1914年（大正3年）3月3日付けで「体調不良」を理由に依願退職し、京都帝大教授の職を辞している¹⁰。それ以後、

ゝていたという旨の記述がある。松尾敬一「穂積陳重」潮見＝利谷（編）・前掲書「日本の法学者」（前注2）58頁及び穂積重行「明治10年代におけるドイツ法学の受容——東京大学法学部と穂積陳重」家永三郎（編）「明治国家の法と思想」（1966年）505頁以下、特に509-510頁参照（重行の論稿によると、明治10年代は穂積陳重が「法理學」と共に「法學通論」も担当していた、とされている）。この「法學通論」の講義を、講師・岡村司が担当し、その成果を一書にまとめたものが前記「法學通論」であった可能性は否定できない。それによって、岡村の実力が評価され、京都帝大法学部助教授に招聘されるに至ったのではないか。ちなみに岡村の「法學通論」は「權利＝法」中心の考察方法を採用している。そして「權利＝法」を「私權及私法」・「公權及公法」・「國權及國際法」として分類している。「國權」を「統治者（「國家」）相互ノ間ニ存ス」（括弧内・引用者）と位置づけ、もっぱら「國際法」上の問題として捉えている点など、当時の著作としてきわめてユニークな内容である（岡村「法學通論」序文3頁参照）。このユニークさは、彼の「權利＝法」という観点に加え、岡村法学の独自性・先進性を如実に表現するものである。のちほど本稿でも、必要に応じ、この岡村「法學通論」に触れる。

9 熊谷「岡村司」（前注2）116頁参照。

10 ちなみに、岡村が京都帝大を退職（依願退職）したのは「病氣」を理由にしたとされるが（熊谷「岡村司」（前注2）117頁注2参照）、それはいわゆる「澤柳事件」のまさしく直後であった。当時の京都帝大総長・澤柳政太郎（1865-1927年）による専断的人事権行使に対して、1913年（大正2年）、京都帝大法科大学教授・助教授が中心になって抗議運動を起こした。その「最強硬派は、岡村司と勝本勘三郎の二人」であった、とされる。広川禎秀「恒藤恭の思想史的研究——戦後民主主義・平和主義を準備した思想」（2004年）111頁参照。ちなみに勝本勘三郎（1867-1923年）は、勝本正晃（1895-1993年）の父である。この点、末川博＝我妻栄「対談・日本の法学者を語る（一）」法学セミナー176号（1970年）39頁（末川発言）も参照。その箇所では末川は、岡村も勝本（勘）も、1914年（大

岡村は京都帝大法学部講師の職を兼ねつつ¹¹、弁護士として活躍したものの、その時期も長くは続かなかった。そのやや早過ぎる死が訪れるのは1922年（大正11年）3月23日、岡村55歳のときであった¹²。

< iii > 岡村司の民法学の特徴

〔α〕序論——考察の視点

「明治末年から大正期にかけて、社会主義に理解を示しながら民法の理論を説いた人はきわめて少なかった」¹³。これは、熊谷開作（1920-1990年）による「岡村司」論の書き出しの文章である。本稿続編でも示すように、大正期デモクラシーの末期から昭和初期にかけて、若き我妻榮（1897-1973年）や平野義太郎（1897-1980年）も「社会主義」に惹き寄せられた。ただし筆者（川角）のみるところ、我妻はもっぱら「資本主義の發達に伴う私法の變遷」というやや経済社会的な観点から、ほぼカール・レンナー（1870-1950年）の法思想に共鳴するにとどまったように思われる¹⁴。また平

（永3年）に京都帝大を辞職し、弁護士として開業していることにつき、上記の「澤柳事件」との関連性を指摘している。なかでも岡村は、持ち前の正義感と実行力とを使い果たし、精神的にも肉体的にも疲弊し尽くしていたのかも知れない。

11 すでに京都帝大法学部教授の職を辞していた岡村司の死去にあたり、異例なことに当時の法学部長佐々木惣一による追悼の辞が法學論叢7巻5号（1922年〔大正11年〕）の「巻頭」に出ている。そこには「〔岡村〕博士ハ民法ヲ専攻シ親族法相續法ノ研究ニ於テ造詣極メテ深ク既ニ教授ノ職ヲ罷メタリト雖大學ノ講座ハ博士ヲ措テ他二人ナキヲ以テ」、特に親族法・相續法の講義を「講師」として岡村に委嘱した旨のことが記されている（「京都帝國大學法學部長 佐佐木惣一」の名で書かれたものである）。熊谷「岡村司」（前注2）115頁も参照。

12 熊谷「岡村司」（前注2）116-117頁参照。

13 熊谷「岡村司」（前注2）115頁。

14 この点の検証は、本稿続編に委ねられる。ただ、少なくとも次の点を指摘できるのではないか。たとえば我妻榮の代表作「近代法における債權の優越的地位」（1929-1931年〔昭和4・6年〕）を始めとして、なかでも「資本主義生産組織における所有權の作用——資本主義と私法の研究への一寄與としてのカルネルの所論」（1927年〔昭和2年〕）に示された「資本主義の發達に伴う私法の變遷」という我妻の問題意識を参照（上記二つの論文は1953年の我妻「近代法における債權の優越的地位」に収められている。その「序」6頁以下も参照）。ちなみに「カルネル」とはカール・レンナー（Karl Renner）の仮名である。レンナーノ

野は、ゲルマン法優位のギールケ的発想（それは牧野英一〔1878-1970年〕の法思想¹⁵に通底する）でもってローマ法的「個人主義」を批判し、なかば「形式的」に近代市民法をゲルマン法的に克服しようとした。そして彼の（形式論理的）マルクス主義法学も、終生ほぼ同様のモチーフによって拘束されていたように思われる¹⁶。それに対し、岡村司の視点は、独特である。いかに独特であるか。それを次に「素描」しておきたい。

〔β〕岡村司と「近代市民法」及び「社会主義」

岡村司は、近代市民法をローマ法以来の歴史的な文脈の中で、その積極性と消極性の両面において把握した¹⁷。彼は、資本主義法としての「市民法」

は、1904年に„Die soziale Funktion der Rechtsinstitute besonders des Eigentums“という著名なモノグラフィーを公表したのであるが、当時彼はハブスブルク家支配下の「旧オーストリア帝国議会図書館」の館員（「官僚」）であり、その公的立場を考慮して「ヨゼフ・カルナー」（Josef Karner）という仮名を用いざるをえなかった、という。ちなみに、「カルネル」とは我妻による表記であって、カルナーすなわちカール・レンナーを指す。以上につき、カール・レンナー（加藤正男・訳）『私法制度の社会的作用（新訳版）』（1988年）の著者（レンナー）「はしがき」及び我妻・前掲書『優越的地位』の「序」9頁を参照。なお我妻の上記二つの論稿は、本稿続編（昭和初期の民法学）で考察する予定である。ちなみに、大正デモクラシー期の若き我妻榮の業績については、すでに本稿前編・龍谷法学50巻2号（2017年）で若干の考察を試みた。

15 牧野英一の基本的発想については、参照すべき文献を含め、本稿前編・龍谷法学50巻1号（2017年）261頁以下参照。

16 平野の代表作『民法に於けるローマ思想とゲルマン思想』（初版1924年〔大正13年〕、増補新版1970年〔昭和45年〕）については、本稿続編（大正デモクラシー期の「市民法学」〔補論〕）でその検討を試みる。さしあたり平野の研究モチーフにつき、同書・「はしがき」及び「増補新版はしがき」参照（いずれも『増補新版』冒頭に収められている）。ちなみに、平野法学の抱える問題性——それは彼の「転向」直後の作品に象徴される——にもかかわらず、平野の「講座派」的立場から展開された「明治維新」論と「転向」前の彼の社会変革運動への評価については、一応これを別に論じざるをえない。平野の「明治維新」論につき、本稿前編・龍谷法学49巻4号（2017年）12頁以下注12及び19頁注22、さらに彼の「社会変革運動」への参加につき龍谷法学50巻3号（2018年）注5参照。

17 岡村によるフランス革命及びその法的反映たるフランス民法の評価と批判の二面性にも、そのことが表されている。たとえば、フランス民法を「富者のメ

の虚偽性を暴きたてるとともに、「市民法」の健全性を評価した。社会的
 事実を直視し、民衆の中で「生きる法」を重視して、法律万能主義を斥け
 た¹⁸。カール・マルクス (1818-1883年) の理論を自分なりの目で評価し、か
 つ批判したのも——わが国の法学者では——岡村司が最初ではないか¹⁹。
 要するに岡村は、「資本主義の発達」をそのものとして全面肯定するでも
 なく、全面否定するのでもなかった²⁰。必然的に——我妻榮の如く——もっ

ゝ「民法」と批判的に規定しながら(熊谷「岡村司」〔前注157〕121頁)、同時に「フ
 ランス革命の成果をきわめて高く評価」したとされる(熊谷・前掲「岡村」123
 頁)ことも、それを物語っているだろう。

18 熊谷「岡村司」(前注2)118-119頁参照。この点(民衆法の視点)では、本
 稿後編で論ずる末弘敬太郎(1888-1951年)とも共通するが、岡村において判例
 法的な観点はそれほど強くはなかった。岡村の「生きる法」は、その社会的リ
 アリズムに重点が置かれたものであり、筆者(川角)が独自に岡村の市民法学
 を性格規定するため用いた表現である。末弘法学における「生ける法」と一応
 区別している。岡村の「社会的リアリズム」については、本稿で後ほど触れる。

19 熊谷「岡村司」(前注2)123-124頁参照。むろん、岡村のマルクス理解は、
 かなり素朴なものであった。マルクスの「論理学」(「経済学批判の方法」)を市
 民法学の方法に繋げて考え抜く余裕は彼にはなかった(しかし、無意識的なが
 らマルクスの発想を実践している箇所もある。本稿で後述するところを参照)。
 むろんこの問題は、戦後もなお問われ続けている基本的テーマの一つである。
 同時にそれは、本稿の存在意義それ自体に関わる根本的問題でもある。

20 この点、岡村司は欧米を中心とした世界史の動向とわが国現実社会の動向を
 リアルに捉えようとした、と思われる。ゆえに「資本主義の発達」への視点も
 現実的であり、現実的であるからこそ批判的でもあった。岡村「民法と社會主義」
 (1922年〔大正11年〕)1-5頁の著者「緒言」(1913年〔大正2年〕頃)に書かれ
 たものと推測される)に、そのことが示されている。たとえば岡村は、「今や我
 國に於ても鐵道國有法案の國會の議に上るあり、是れ蓋し財政上の必要に本づ
 くものなるべしと雖も、亦全く社會政策の意義を包蔵することなしと言ふべか
 らず」(前掲書4頁)と述べ、あるいは「社會主義は經濟上に於ては勞働問題資
 本問題たり、法律上に於ては私權問題民法問題たり」(前掲書1頁)と述べてい
 る。また岡村は、近代革命を二段階において捉え、「第一の革命は政治上の革命
 にして、壓政制度を擊倒して自由制度を樹立せり、第二の革命は或は社會上の
 革命にして、自由制度を破壊して保護制度を建設せん(とするものである)」(括
 弧内・引用者)と記している。岡村・前掲書3-4頁。ここには——荒削りなが
 らも——封建的身分制度の圧政を打倒し「自由制度」をもたらしたフランス市
 民革命と、その「自由制度」の弊害を克服し經濟社会的基礎を変革して社会メ

ばら「資本主義の発達」に呼応した民法学の展開という方法は、彼には無縁な「方法」であった。また岡村は、ローマ法的な「個人主義的」近代市民法をゲルマン法的・共同体的な「社会法」優位の観点でもって置き換える立場とも無縁であった。すなわち岡村は、いわゆる「社会法」のうちに市民法の直線的「進歩性」を見て取ったのではない。むしろ「近代市民法」が封建制度を打破し、個人を尊重し、個人の自由を制度的に保障し、諸個人の平等性（男女平等・夫婦平等）を謳いあげるものであった限りににおいて、岡村司はその断固たる擁護者であった²¹。だからこそ彼は、個人の人格を

「的「保護制度」を確立すべき社会主義革命との＜二段階変革論＞が構想されている。いずれも歴史的に、その積極性を承認されるべきものであった。同時にそれが内在する＜矛盾＞も、おそらく岡村の視野に収められていたかも知れない。ともあれ、彼の立論の＜前提＞は「平和の手段に依りて窮民の苦痛を弛め、人々をして平等圓滿の福祉を受くることを得しめば、眞に人生の幸なり」（岡村・前掲書3頁）というにあった。それは岡村自身の理想であり、彼の民法学の目標でもあった。それゆえ、以下の文章は、彼の「理想」と「目標」を踏まえ、かつ当時の社会的現実＝歴史的制約を前提に、深く読みとられるべきものである。——「果して社会主義を標榜して、社会の秩序を紊亂せんとする者あらば、之を箝制抑止するは、固より國家の任なり。之に反して、單に社会主義の理論を鼓吹し、若くは國法に抵觸せざる範圍内に於て、温和なる手段を以て、其の實行を企つる者あるに當りて、國家が其の威力を用ゐて、強て之を壓服せんとするは、是れも亦徒然なるのみ。蓋し民の口を塞ぐは水を防ぐよりも難し、人民の間に一たび發出したる思想の潮流は、如何なる方法を以てするも之を防遏することを得べからず、寧ろ之に自由の通路を與へて、其れをして激越の態なからしめんこと可なり、若し之を強壓するときは反りて滔天の禍を招く、是れ豈智者の事ならんや」（岡村・前掲書2頁）。

- 21 同時に岡村は、「社会主義より流出せる法律制度にして民法に牽聯するものは、悉く其の利害得失を研究すべし」と述べ、「其の我國の當時に施行すべきものあらば、直に執りて政策の一とすべし」と主張していた。岡村・前掲書「民法と社会主義」（前注20）の編者（中島玉吉〔1875-1960年〕と河上肇〔1879-1946年〕）の解説（「編纂者例言」3頁）参照。これは、1897年（明治30年）3月19日の岡村の日記から引いたものである（日記の日付については、前掲・中島＝河上「編纂者例言」1頁参照）。当時岡村は、東京帝国大学講師に就任する直前であった（岡村30歳頃の日記）。この点からみると、岡村は当時の社会主義的法理論に由来する「法律制度」（まだ1917年ロシア革命のかなり前であるから、厳密な意味で「法律制度」となった社会主義法理論は存在していなかった）を、可及的

踏みにじり、男女平等・夫婦対等を容易に排除する国家的な「家」制度・「戸主権」制度と全面的に対決し、身をもって権力に追隨する姿勢を批判した。たとえばそれは、岡村が「朕の官吏養成の手伝いはできない」との信念をもちつつ、京都帝大教授の職をなげうったことにも象徴的に示されている²²。その限りで岡村は——たとえナイーブな萌芽的形態にとどまったと

速やかにわが国に導入する可能性を構想していたことになる。おそらく、1864年に結成された世界史上初の国際的労働者組織である第一インターナショナルのスローガン、たとえば労働者の保護（労働時間短縮・賃上げ等の条件改善、ストライキへの支援）や労働者の政治参加（普通選挙権制度の確立）、男女労働者の平等を通じた法的平等権の主張などを構想していたものと推測される。また岡村は、すでにヨーロッパを中心に勢力を拡大し、国会議員をも輩出していた社会党などの社会主義党派による影響（なにかんづく「社会政策」的立法運動の影響）を強く受けていたようである。岡村・前掲書3頁の記述を参照。なお当時、岡村がいかなる社会主義文献に触れていたか、不明である。ただし、1906年（明治39年）の著作「所有権」では、ブルードン（1809-1865年）、マルクス（1818-1883年）、ヘンリー・ジョージ（1839-1897年）に言及している。おそらく岡村は、ブルードンの二作品、すなわち1840年の『所有とは何か』（*Qu'est ce que la propriété?*）及び1846年の『貧困の哲学』（*Système des contradictions économiques ou Philosophie de la misère*）、さらにその翌年のマルクス『哲学の貧困』（*La misère de la philosophie*、マルクスの数多くの著作中、唯一フランス語で書かれたものであり、ブルードンの『貧困の哲学』を批判した論文）及び1867年のマルクス『資本論（第1巻）』（*Das Kapital, Erster Band*）を——1899年（明治32年）から1902年（明治35年）のフランス留学中に——熟読したように推測される。

22 熊谷「岡村司」（前注2）128頁参照。熊谷によれば、岡村法律事務所の業務を引き継いだ田万清臣（1892-1979年）から直接聞き取ったところ、岡村の京都帝大辞職の「真の動機」は「朕の官吏養成の手伝いはできない」という点にあったとされている。なお、末川博（1892-1977年）の追想録によると、「（岡村）先生自身から聞いたことはないけれども、一部の学生の間では、先生は、徹底的な自由主義者なので、官吏服務規律でくくられているような窮屈な教授はいやになったのだとうわさしている者もあった」（括弧内・引用者）と記されている。末川「法学・わが師わが友」法学セミナー1号（1956年）7頁。一面で、天皇制国家の下とはいえ「官吏養成」の職務をなげうつことは無責任であるようにも思えるが、他面、時の文部省から譴責処分を受け、なお恋々と教授の職にとどまることは、おそらく岡村自身の潔癖な性格からして耐えがたかったに違いない。また本稿前注10で指摘したように、岡村辞職当時、澤柳事件での「最メ

はいえ——あくまでも「市民法学者」、しかも当時としては比類なき進歩的「市民法学者」であった、と考える。以下では、その内実をやや具体的に探ってみたい。

（b）岡村司の財産法学

彼の財産法学として特筆すべきであるのは、その「所有権論」及び「労働契約論」の二つの作品である。前者は1906年（明治39年）、後者は1908年（明治41年）に論文として公開された（ただし後者は未完）。以下、順に考察しよう。

< i > 「所有権論」

〔a〕序論——「所有権の絶対性・排斥性（排他性）・恒久性」

これは近代的所有権論に関する130頁余に及ぶ大論文である。まず岡村は、フランス民法・ドイツ民法・日本民法における所有権の定義規定（フ民544条、ド民903条、日民206条）を確認するところから始めている。そして諸大家（ポティエ、プラニオール、ヴィントシャイト等）の见解を紹介したのち、所有権の「絶対性」・「排斥性」（排他性）・「恒久性」に言及している²³。岡村の所論で特徴的であるのは、まずこの「絶対性」につき、上記近代法制において「法律若くは規則」（フランス）、「法律若しくは第三者の権利」（ドイツ）、「法令」（日本）による所有権制限が図られているにもかかわらず、なにゆえ所有権の「絶対性」が肯定されるべきなのか、というきわめて素朴な問題意識から始まる点である²⁴。岡村は、相隣規定による土地所有権の制限、公用徴収、警察法規・軍事法規などの諸規制（「徴収」を含む）、及び当時の準禁治産者の所有権処分行為への保佐人同意による制限（明治民法12条3号・8号参照）、さらに自己所有家屋への「放火罪」等刑法上の諸

、強硬派」としての彼の獅子奮迅が、岡村を帝大教授職への絶望に追い込んだかもしれない。

23 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）6-34頁。

24 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）10頁参照。

規制（当時の刑法108条及び110条参照）などを具体的に列挙して、「所有権制限」の実態を語る²⁵。よって所有権の「絶対性」とは、「絶対に非ざる絶対」にすぎず、それ自体「自家撞著の語を成す」と述べる²⁶。とりわけ「最も絶対なる方法を以て」（de la manière la plus absolue）目的物の使用権・処分権を認めるフランス民法の所有権規定は、その最たる「矛盾」の産物と評された²⁷。そこには当時の「近代市民法」による所有権制限の実態が、岡村なりの視点から、かなりリアリスティックに描き出されている。しかし、同時に岡村によれば、それには、厳然たる歴史的背景が存在したことを忘れることはできなかった。なぜなら、封建的法制度の典型たる貴族（領主）の「直接所有権」ないし「高等所有権」（上級所有権）と小作人等の「實用所有権」ないし「低等所有権」（下級所有権）の＜二重所有権＞が、小作人等への諸々の負担を通じて貴族による裸の搾取を可能にし、階級的身分的差別の上に貴族の「富」を保証してきたところ²⁸、フランスでは、その身分制度的な軛を断ち切り、諸個人の平等と共に、自由な「土地」所有権を実現するために1789年の市民革命が行われたからである。そこでは「數百年間鬱屈せる個人自由の思想」が勃興し、花開いた。その歴史的事実は、

25 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）9-10頁。

26 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）10頁。

27 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）10頁参照。とりわけ——相隣関係法が示すように——法的制限の対象たるべき土地所有権が「絶対性」をもつと考える限りで、それが＜背理＞であり、＜矛盾＞の産物である、とするのが岡村の立場であった。この点、当時の寄生地主制に対する批判が込められていると思われる。この点、本稿後述を参照。

28 この封建的「上級所有権」と「下級所有権」との＜二重構造＞は、広く封建制度に見られたことである。この点、内外の先学によって様々に論じられてきたことであるが、筆者もかつて中世封建制的ゲルマン法に固有な「上級所有権と下級所有権との段階づけ」（いわゆる「分割所有権」）及びEigentumの上位に置かれたGewereのもたらす「同一不動産にたいする主人のEigengewereと従者のLehnsgewereとの重疊的共存」について指摘した。川角・拙稿「近代的所有権の基本的性格と物権的請求権との関係（一）——その序論的考察」九大法学50号（1985年）61頁以下、特に73-74頁参照。

それ自体、岡村司の全身を心底ゆさぶった。すなわち「所有権は自由の條件なり、自由の特別なる形式なり、完全なる所有権を得ずば完全なる自由を得べからず」とされた²⁹。それゆえ個人的所有権の「絶対性」に懐疑の目を向ける岡村も、封建制度回帰のための「二重所有権」制度はおろか³⁰、ましてや「帝王の威力を以てすと雖も匹夫の産を奪ふこと能はず、故に曰く絶対的なる」³¹こと自体は、否定し去ることのできない事実であつ

29 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）11-12頁。それを受けて岡村は、1791年フランス憲法での自由なる完全所有権の思想が明文化され、1793年の新憲法でも所有権の絶対性が「人性に固著」し「勞働職業の果實を享用及び處分」せしむるものとして位置づけられたことを強調し、その上でフランス民法544条に至ったと述べる。岡村・前掲書12頁参照。したがってフランス民法が、「法律あるいは規則」による所有権制限を規定する場合であっても、それはなお所有権の絶対的保護を前提としたものであった。こうしてフランス革命後の法制度は、所有権の絶対的自由性を基軸に「舊制度の再燃を防止した」のである。岡村・前掲書13頁参照。なおフランス民法に独特な「規則による」（par les règlements）所有権制限は、立法者においても「警察規則règlements de police」を念頭に置きつつ、コミューン（commune）たる「市町村」に固有な権限としての「警察権限の行使」によるものとして構想された。したがって「公共の街路、場所および建造物における清潔、衛生、安全および静謐を享受させる」ために行使される「市町村庁の固有の権限」発動として上記「警察規則」による所有権制限が図られるにとどまったのである（「1789年12月4日「市町村庁の設立に関するデクレ50条」）。以上につき、吉田克己「フランス民法典第五四四条と「絶対的所有権」」乾昭三（編）『土地法の理論的展開』（1990年）192頁以下、特に200-201頁参照。ちなみに、フランス民法544条「法律による所有権制限」は、洪水対策・衛生対策等のための沼沢地の排水・干拓規制に関する法律やタバコ栽培規制に関する法律、飢饉対策に向けられた「甜菜栽培の強制」に関する法律など「公共性」を目的にした制限であった、とされる。吉田（克）・前掲論文199頁参照。わが国民法典206条の所有権制限根拠としての「法令」が、穂積八束流の「天皇勅令（ないし天皇の下僕として警視總監等の行政命令）」を念頭に置いたものであったことと対比されたい。この点、本稿前編・龍谷法学49巻4号104-105頁参照。かりに今後、わが国「憲法」に「緊急事態条項」が置かれる時代が到来すれば、民法206条「法令」による所有権制限がいかに融通無碍に「活用」されるか、その危険性は誰にもわからないのではないか。

30 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）13頁参照。

31 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）9頁。なお岡村の論文では、この引用文に続けて「然れども此の説明（所有権の「絶対性」を説くもの）は果

た（なお「帝国憲法」上の所有権と「民法」上の所有権との関係については、後ほど指摘するところを参照されたい）。筆者（川角）は、岡村の、そのような観点のうちに、素朴な形で——かつ法学的な意味での——「社会的リアリズム」を看取する。

さらに岡村は、所有権の「排斥性」（排他性）につき触れる。これに関して、岡村は、実質的に物権法上の「物権的請求権」及び不当利得法上の「侵害利得請求権」を論じている。しかも当時として、かなり啓発的な指摘をしている。直接岡村に聴きたい。こう言っている。——「所有権は其の所有地内に外人の立入を峻拒することを得べく、他人が其の所有物に就きて利益を収むることを許さず。假令之が為めに所有者に何等の損害不便を生ぜざるときと雖も亦然り。所有者は其の所有物の唯一獨立の主人公なり。他人を排斥して己れ獨り之を専らにすることを得」³²（傍点・引用者）。すな

ゝして的確なりと謂ふことを得るか」（括弧内・引用者）と疑問符が付けられ、先に本文で指摘した相隣規定による制限や公用徴収等の所有権制限の実態を論ずる運びになっている。とはいえ、岡村にとって封建制度（及びそれを支えた封建的所有権制度）は近代市民革命によって打破されるべきものであり、個人自由を担保する「条件」としての所有権の「絶対性」は、これを拒否するわけにはいかなかったのである。この＜矛盾＞について、岡村はより立ち入って論じることが避けている。そして所有権の神聖不可侵から「公益」による制限に考察を転じ、「権利濫用論」に視点を移している。岡村・前掲書13頁以下、特に19頁。この点は——当時としてはやむをえないことであったとはいえ——岡村の「限界」の一つであったように思われる。なお岡村・前掲『法學通論』（前注163）491-492頁では——当時の必然的制約として——岡村は「公益上ノ理由」から所有権が「法令」による制限を受けるのは当然であると考えていたようである。この観点は、基本的に本書『民法と社會主義』でも受け継がれていることになる。

32 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）19頁。ちなみに岡村『法學通論』（前注8）491頁では、民法上の「所有権規定」（206条）が「自由ニ」というのは、「所有者ノ意思ニ從テ」または「他ノ拘束ヲ受クルコトナク」の意味であると言ひ換えられている。この点、ドイツ民法903条が、その所有権定義中に、所有権者は「あらゆる干涉から（その干涉源たる）他者を排除することができる」（andere von jeder Einwirkung ausschließen kann）と規定する＜精神＞と軌を一にする（括弧内・引用者）。

わち岡村は、この引用文冒頭で「物権的妨害排除請求権」を論じ、次に「侵害利得請求権」を論じている。しかも前者につき所有者に「損害」発生の有無を問わず、後者につき所有者の「不便（「損失」）」の有無を問わない、と言う。これは、きわめて先進的な発想である³³。むしろ岡村は、その「排斥性」の無制約性を承認するわけではない。しかしそれは、適法手続による「家宅検索」や土地所有権の「限界」（ド民905条）、あるいは緊急やむをえざる場合の所有権毀損忍容義務（ド民904条）などの例外的個別規範の例示にとどまる³⁴。これらの法的「制約」は、いわば自明のことである（ただし岡村は、ド民906条のイミッシオン規定には直接触れていない）。さらに岡村は、所有権の「恒久性」を問う。土地所有権は、ほぼ「恒久」的であろうが（それすら土砂崩壊・地震等で、その「恒久性」が物理的に否認されることがある）、建物も——さらに「動産」所有権に至っては当然のことながら——その「客体」は物理的に滅失し、消耗して消え失せることが多い。さらに「所有権」は——動産・不動産を問わず——所有者の意思によって「放棄」されることもあれば、「譲渡」されることもある。それゆえ「之を恒久的なりと謂ふは豈矛盾の甚だしきに非ずや」という³⁵。その限りに於いて、岡村の指

33 「物権的妨害排除請求権」、広く「物権的請求権」一般について「損害」発生と無関係であるという観点は、戦後も完全に払拭されたわけではない。とくに「損害」と「妨害」の関係についてはわが国のみならずドイツ等でも混乱を示している。この問題点をドイツで初めて包括的に論証し、「妨害」概念の独自性を解明したのは、Eduard Picker, *Der negatorische Beseitigungsanspruch*, 1972であった。筆者（川角）は、このピッカーの著作を、ローマ法以来、歴史的意味で物権的妨害排除請求権の「現在の到達点」を示すものとして論じたことがある。川角・拙稿「ドイツにおける物権的妨害排除請求権の到達点——「権利重疊」説の意義」川角＝中田邦博＝潮見佳男＝松岡久和（編）『ヨーロッパ私法の現在と日本法の課題』（2011年）267-321頁以下（なお、原論文初出は2008年）。なお「侵害利得請求権」については、現在ドイツの判例・通説が「過失要件・損失要件・出費節約要件」を不要とするに至っていることを含め、川角・拙著『不当利得とはなにか』（2004年）63-223頁参照。

34 岡村・前掲書『民法と社会主義』（前注20）20-21頁参照。

35 岡村・前掲書『民法と社会主義』（前注20）23頁。なお、我妻栄＝有泉亨『新ノ

摘に異論の余地はないと考える。また岡村は、所有権の客体について「有體物」のみならず「無體物」の所有権を認めるが、「地上権の所有権」・「賃権の所有権」など「権利の所有権と云ふものを認めて、一切の権利を舉げて所有権の範疇に入るべからざるなり」という³⁶。したがって岡村は、論理必然的に「賃権と物権」の区別を重視していた、と言ってよい³⁷。

ちなみに岡村は、当時の「帝國憲法」27条の所有権規定と民法206条の所有権規定の相互関係を問題にしている。すなわち彼は、「帝國憲法」27条が法律による所有権制限を規定するのに対し、民法206条が「法令」による所有権制限を規定するのは「憲法に違反するものに非ずや」と問いか

ゝ訂物権法（民法講義Ⅱ）」（1983年）258頁は、所有権の「恒久性」を、ほぼそのまま承認する立場である。

36 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）29頁参照。なお岡村『法學通論』（前注8）527頁では、有體物所有権以外に「智能的所有権」として「著作権・特許権・意匠権・商標及商號專用權等」（ナカグロ・引用者）が挙げられている。他方、岡村の著作の後、「賃権」等権利の所有権を認めるべしとする議論が生み出されたが、我妻「権利の上の所有権という觀念について」法学協會雜誌54卷3号-5号（1936年〔昭和11年〕）によって強く批判され、今は追隨者をみない。この我妻論文は、その後、同『民法研究Ⅲ・物権』（1966年）165頁以下に収められた。筆者が読んだのは、この後者である（要するに、「物」自体、権利の客体でありながら、権利そのものをも「物」とみて「賃権の上の所有権」を主張する学説（勝本正見「賃権の所有権的關係」菊井維大（編）『加藤正治先生還暦祝賀論文集』〔1932年・昭和7年〕所収及び勝本〔正〕『民法研究・第1卷』〔1932年〕457頁以下等）を批判している。とはいえ、同時に「近代法に於ける賃権の優越性」を説く我妻の理論的スタンスには、若干の留保が必要である、と考える。この点、本稿後編で論じたい。なお、我妻＝有泉・前掲書（前注35）258-259頁も参照。その点に鑑みても、明治末期の時点で、すでに「賃権の上の所有権」論を批判していた岡村の先見性は、注目に値する（ただし、上記我妻論文で岡村司が引用されているわけではない。岡村の論稿はわが国民法学において——中島玉吉などわずかの例外を別とすれば——かなり早い段階から無視されてきたようである）。

37 そのような観点から、おそらく岡村は、賃権と物権の区別を実質的に否定するところの「権利不可侵性説」には消極的であったと思われる。ただし、この点につき岡村は立ち入って論じていない。

けている³⁸。これにつき岡村は、「憲法は所有権の制限を民法に委任し、民法は其の委任の範囲内に於て更に之を命令に委任したるものにして毫も違憲に非ず」とする見解³⁹に「余輩も亦此の説明を是認せんと欲す」と述べ、

38 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）29頁参照。

39 ちなみに梅謙次郎は、民法206条の「法令」というのは憲法に適合した「法律」のことであり、したがって「其法律ニ依テ或ル命令ヲ發スルコトハ出来ルノデアリマスカラ（『帝國憲法』27条との）抵觸ハ大丈夫致シマセヌ」（括弧内・引用者）と述べている。1894年（明治27年）6月8日第19回法典調査会「民法議事速記録」法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書1・法典調査会民法議事速記録一』（1983年）746頁。このことからすると、民法206条の「法令」による所有権制限とは、「法律」または「法律に基づく命令」による所有権制限であって、それはいずれも「法律」に根拠づけられたものであるから、「帝國憲法」27条の「法律」による所有権制限と整合的だというにある。ここでは岡村が述べるように、憲法から「所有権制限」を民法が委任され、さらに「民法は其の委任の範囲内に於て更に之を命令に委任したるもの」というような持って回った理解は採用されていない。これに対して、単に「法令」と書く以上「法律ノ委任ガナクテモ命令ヲ以テ（所有権に）制限ヲ附スルト云フ御趣旨」が読み取れるのであって、果たして立法提案者は「此ノ法律ヲ以テ更ニ委任スルト云フ御精神デアリマスカ」という質問が三崎亀之助委員から出された。前掲『民法議事速記録一』748頁上段及び下段。これに答えて、梅謙次郎はやや表現を変え「（民法206条の規定する「法令」による所有権制限とは）其法律ノ規定ニ依テ又ハ命令デ以テ決スルノナラバ少シモ憲法ノ明文ニ抵觸スルモノデハナイト云フコトヲ申シタノデアリマス（中略）此ノ規定ヲ以テドンナ制限デモ立テテ宜イ命令ヲ以テどんどん（ママ）ヤツテモ宜イト云フ考ヘデアリマセヌ」と答えている。前掲『民法議事速記録一』748頁下段。この引用文中先に出てくる「命令」とは「其法律ニ依テ或ル命令ヲ發スルコトハ出来ル」という意味での命令であって、よって梅は三崎の懸念する「更ニ委任」された命令とは厳密に区別していたと思われる。これに対して穂積八束は、「法律ノ委任ニ依テスル命令」と並んで「法律ノ委任シタ命令ヲ定メテアル規則モアル」とする観点から、広く「立法の委任」による命令及びその命令に基づく所有権制限を肯定する立場であったように思われる。前掲『民法議事速記録一』754頁上段及び下段（八束は慎重にも「委任ノ範圍ガ極ツテ居ルカラ（中略）知事トカ警部トカ云フヤウナ者ガ勝手ニ所有権ヲ制限スルコトガ出来ルト云フコトハ決シテナイ」とも言うが〔前掲『民法議事速記録一』755頁下段〕、その直前では「行政官ノ官制ト云フモノハ天皇ノ大權トシテ定メル夫故ニ行政官ニ權限ヲ與ヘルト云フコトハ勅令ニ依テ與ヘル」のであって、その「勅令」に基づき行政官たる「警視總監」が「人身ノ自由ヲ制限スル命令モ出来又所有権ヲ制限スルコトモ出来ルト云フ

賛意を表している⁴⁰。ちなみに梅謙次郎の見解は、所有権を一応「自然法」的なものとして理解した上で、たとえそうであっても「自然法」内在的に所有権制限が承認されるべきものであるから、「法令」の制限の範囲内で所有権自由が認められることは当然と考えていた⁴¹。これに輪をかける形で菊池武夫（1854-1912年）は、「今日ノ法律社會ニ於テ權利ト云フモノハ法律以外ニ存スルモノデアルト云フコトヲ信ズル者ハ殆ンドアルマイト信ズル」⁴²（傍点・引用者）と述べていた。ここまで至ると、もはや、徹底した法規実証主義的「所有権論」へと帰結する。これに対するに岡村は、正面切って「余輩は或る意義に於て自然法と云ふものを認む」⁴³（傍点・引用者）と述べ、さらに「人格は法律を待ちて始めて生ずと云ふ説の如きは、洵に形式に泥み、事實に遠ざかり、浅薄皮相の見なるを以て、一言之を辯駁せんとす」（傍点・引用者）と主張していた⁴⁴。この意味で、岡村は無意識的

「フヤウニ委任シテアリマス」〔前掲『民法議事速記録一』755頁上段及び下段〕と述べている。要するに天皇大権の発動たる「勅令」の優位を前提に論じていることに留意すべきである）。したがって、岡村の支持する見解は一見したところ穂積八束の所説に似通っているが、果たして八束の真意を岡村がどこまで把握していたかは不明である。ちなみに、岡村は1899年（明治32年）の『法學通論』（前注8）491頁以下でも民法206条の「法令による所有権制限」を肯定的に捉え、「警察令」による制限・「公用徴収」による制限を認めていた（岡村は具体的に立ち入っていないが、たとえば前者の「警察令」がフランス民法544条の「規則」〔les règlements〕による「所有権制限」をイメージしていた可能性は排除できない。この点、本稿前注29も参照）。ちなみに「立法の委任」に関しては、戦後「日本国憲法」の下でも、特に憲法73条6号の評価をめぐる議論がある。さしあたり清田雄治「立法の委任の限界」大石真＝石川健治（編）『憲法の争点』（2008年）198-199頁参照。

40 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）29-30頁参照。

41 前掲『民法議事速記録一』（前注39）746頁及び756頁参照。

42 前掲『民法議事速記録一』（前注39）755頁下段参照。これに対して、法典調査会議長・西園寺公望（1849-1940年）は「アルカモ知レス」と受けていた。上記『速記録一』同頁。

43 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）30頁参照。

44 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）30-31頁参照。

ながらもサヴィニー流の近代古典的人格論・権利論、すなわち権利の<土台>として——法律以前に歴史的に生成し実在する「法」が保護すべき客體として——「人格」がある、とする見解⁴⁵を、実質的に承認していたと言ってもよからう。

なお、岡村によれば、村落共同体的「共有」制度が先か、それとも家族団体的「共有」制度が先か、歴史的な問題として議論されているところであるが、いずれにせよ人類史上「共有」制度から「個人所有」制度への変遷が見られることをもって是とすべきである、と述べている⁴⁶。岡村は、そのような所有制度変遷の歴史的過程において、西欧における個人所有制度の到達段階とわが国のそれとは「進歩の程度を同ふす」という⁴⁷。はたして、当時のわが国「個人所有」制度の実態が西洋諸国と同じレベルであったかは、家族財産の戸主権者支配や寄生地主的「土地私有」制度等のあり方を踏まえるなら、かなり問題がありそうである⁴⁸。この点では岡村の認

45 原島重義「権利論の存立と変質・放棄」同「市民法の理論」（2011年）420頁注6参照（原論文初出は1975年）。

46 岡村・前掲書『民法と社会主義』（前注20）38-39頁参照。この点、岡村は「土地」所有の形態としては「共有」制度から始まったが、「動産」のいくつかについては早くから個人所有制度がみられる、と言っている。岡村・前掲書39頁参照。なお「所有」制度の「共有」起源論は、すでにジョン・ロックにもあった。ロックについては、本稿で後述する。さしあたり、ロック（鶴岡信成・訳）『市民政府論』（1968年。原書は1690年）31頁以下参照。ロックは、「私は、神が人類共有のものとして与えた世界の種々の部分に対して、しかも共有者の明示の契約によることなしに、どのようにして人が所有権を有するにいたったか、それを説明するように務めてみよう」（傍点・原書）との問題提起をした上で、所有権＝「労働説」を論証している。John Locke, *Two Treatises of Government*, Introduction by Professor W. S. Carpenter, 1975, first edition, 1690, p. 129-141. あとで見るように、上記ロック所有権＝「労働説」と岡村の所有権論は、微妙な協働関係（コラボレーション）を形成する。

47 岡村・前掲書『民法と社会主義』（前注20）35頁。その36頁では「財産所有の事に關しては、西洋諸國と全く其の状況を同ふするものなり」との認識が示されている。

48 岡村は冷徹な家族制度への批判の目をもちつつも、なお「戸主の専有」を

識は、やや「楽天的」な面があるようにも思われる。むしろ岡村は、個人所有制度の成熟度がわが国も西洋と肩を並べるようになったと評価することを通じ、ヨーロッパでの社会主義理論による「個人所有制度」の弊害批判がわが国でも同様に指摘されなければならない、という希望的観測に、重点を置いていたようである。それは、「所有権は人性に原本すと雖も、其の制度の（今日的な）題目と爲るや、偏に社會公同の福祉の爲めにす。今や個人所有權を過度に擁護するの結果、反りて窮民を増加し、公益を傷害するに至れり」⁴⁹（括弧内・引用者）とか、「個人所有權の弊害は、富の集中を生じ、窮民の増加を來すに在り。即ち貧富の懸隔を助長するに在り。蓋し今日の所有權は、其の取得利用共に極めて自由にして、法律の之を保護すること至りて確實なり。夫れ人の私慾を鼓して之をして自由競争の場に馳逐せしむ、強忍恥なきの徒、其の全幅の力を致して富を追求し、為さざる所なきは固より其の所なり」⁵⁰という文章に心痛烈々と表現されている。ここでは、さしあたり岡村が、「今日の所有權」が「私慾を鼓して之をして自由競争の場に馳逐せしむ」（括弧内・引用者）と述べることにより、「所有權」と「契約自由」との関係を理論的にリンクさせていたことに注目しておけば足りよう。すなわち、ほんらい「社会的性格」をもつ生産関係・生産過程（労働過程）・生産物の流通過程（「商品交換過程」＝「契約」）を通じ、その＜生産＞の前提となる「生産手段の私的性格」（原材料・工場・機械等の

ゝ承認している。しかし、それすら彼は「今や個人所有權の制度完全に設定せられて、家族も戸主と平等に財産を所有」という展望の下で家族制度崩壊の将来を予測している。力点は、むしろそこに置かれている。岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）37頁参照。

49 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）37頁。

50 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）57頁。この岡村の視点（「社会的リアリズム」）は、「所有權も、社会共同生活において妥當な作用を営む限りにおいて是認される」点において、「民法第一条「私權ハ公共ノ福祉ニ違フ」にいう私權の典型なのである」と言い切る我妻＝有泉・前掲書（前注35）259頁との対比において、吟味されるべきものである。

所有権の私的性格)に規定されるところの富の「私的取得」という新たな形態での所有の偏在が、根本的なく社会的矛盾⁵¹を生み出す源泉となっていることを、岡村は上記引用文で力強く指摘している。言い換えれば、資本主義的な生産関係や生産結果たる生産物のもたらす富の分配に関する意思決定は、生産手段の排他的所有権をもとに——それを社会的規模での「基盤」とすることによって——資本家（「資本」の意思の媒介人＝「資本」の代理人⁵²）の専権事項として社会的に現象する。それは「契約自由」という法的形式論理で粉飾される。岡村は、持ち前の直感でもって、こうした「近代的所有権」の本質的・社会的矛盾を「契約自由」との関連で鋭く突いた

51 いわゆる「資本主義経済体制の基本矛盾」と言われるもの。マルクス『資本論・第3巻』マルクス＝エンゲルス全集25巻b第2分冊（1967年。原書はマルクスの死後、エンゲルスが1894年に刊行。なお以下では、単に「全集」として引用する場合、上記マルクス＝エンゲルス全集を指す）1121頁以下の「分配関係と生産関係」の章を参照。Vgl. auch K. Marx, Das Kapital, Dritter Band, Kritik der politischen Ökonomie, 1894, S. 884-891 (Dietz Verlag Berlin, 1979)。この矛盾が、高利貸し資本を典型とする金融資本の拡大や「ネット社会」の下でのカジノ経済・投機主義的経済等の蔓延によって膨張し、「再生産」されるところに、現代資本主義社会の一層の困難と矛盾が生ずる。その困難・矛盾のはけ口を、「資本」が軍拡競争・武器輸出、さらには覇権主義的軍事政策に求めようとするとき、国家権力はその前提として基本的人権の侵害・言論思想情報統制・重税政策の強化を始めとした国民の権利侵害・国民からの財の収奪（所有権侵害・生存権侵害）・重税政策に走る。その政治形態の頂点に「ファシズム」が位置する。国民が非合理主義的精神（たとえば「立憲主義」破壊・国体「愛国」イデオロギーの精神）でもって総動員され、さらに法学者が「資本」・「権力」の論理に屈従するとき、言い換えれば法学者が——意識的・無意識的を問わず——結果的に「資本」・「権力」の論理でもって「法」を歪めるとき、「ファシズム」が登場する。

52 このことをカール・マルクスは、「資本の人格化」(die Personifikation des Kapitals)と呼んだ。たとえばマルクス・前掲書『資本論・第3巻』(前注51)1126頁を参照。Vgl. dazu sehr typisch Marx, Das Kapital, Dritter Teil (Fn. 51), S. 888. 巻末の事項索引を見ると、マルクスはこの「資本の人格化」という表現を至るところで使っていることが分かる。ちなみに、「賃金労働者」(Lohnarbeiter)は「資本家」(Kapitalist)とならんで「賃労働の肉体化であり人格化」(Verkörperungen, Personifikation von Kapital und Lohnarbeit)とされる。マルクス・前掲書1124頁参照。Vgl. Marx, Das Kapital, a. a. O., S. 887.

(これも岡村の「社会的リアリズム」の現れと言えよう)。岡村によれば、このような所有権の矛盾は、その「原本」たる「人性」との関係で顕在化すべきものであった。岡村によれば、所有権「制度」は、むしろ原理的には——理性を有する個人の「所有権」を通じて（ロック『市民政府論』〔前注46〕32頁参照）——「社會公同の福祉」に資すべきものである（岡村が、ここで「社會共同」とは言わず、「社會公同」〔傍点・引用者〕と述べている点にも、留意しておきたい⁵³⁾）。ともあれ、岡村が「原本」としての「人性」(human nature)に依拠する「所有権」とはいかなるものだろうか。次に、その点につき、若干の考察を試みておく。

53 この点に関連して、「公」(パブリック)なるものの法実体が問われよう。ちなみに、岡村の「公権」観によれば、真っ先に「國民權」が置かれるべきであつて、「其ノ主要ナルモノハ國民カ國政ニ參與スルノ權利」であつた。それゆえ参政權（「國會議員ヲ選舉スルノ權利」）が間接民主制を担保するものとして重視される。岡村・前掲書『法學通論』（前注8）626-628頁参照。ただし、この岡村の著書が1898年（明治31年）の刊行であつたことに注意しておく必要がある。いわゆる「普選運動」が展開された大正デモクラシー期よりずっと前の作品である。そのような目で、以下の岡村の文章を読む必要がある。——「現行衆議院議員選舉法ハ選舉人ノ資格ヲ年齢二十五年以上納税十五圓以上トス然ルニ選舉法改正草案ニ於テ其ノ納税資格ヲ地租五圓所得税又ハ營業税三圓以上ニ減少シタルハ是レ其ノ當ラ得タリト謂フヘシ」。岡村・前掲書『法學通論』628頁（傍点・引用者）。いずれにせよ、岡村における「公」的（パブリック）な価値は、國民をその源泉とするものであり、「社會公同」には「社會」の主体たる「國民」が置かれていたことが強く推測される。この場合、本稿で筆者（川角）がいう「市民」と、岡村が構想する「國民」とは、ある程度＜共通項＞で括られてよい、と考える。ちなみにこの岡村の見解は、ジョン・ロックが、市民の労働による財産（所有権）保護のため、市民の社会契約によって国家権力を主体的に形成するという「思考論理」とも共鳴する思想である。ロック『市民政府論』（前注46）127-128頁参照。この点、ロックにおいて「人々が国家として結合」する目的が「その所有の維持にある」とされ、いわゆる「自然状態」と「社会契約による市民国家形成状態」とが明確に対比されていること（ロック・前掲書128頁）は——岡村の「國民權」論及び「参政權」論を踏まえるとき——きわめて大きな歴史的思想遺産として、われわれの前にある。なお、Locke, Two Treatises of Government (Fn. 46), p. 180によれば、「人々が国家として結合（すること）」は、"of men uniting into commonwealth"として表現されている。

〔β〕「所有権」の発生原因論

岡村司によれば、所有権の発生原因論として幾つかの立場があるとされる。岡村は、それら所説の総合的検討を通じて「人性」に基づく所有権論を支持するに至る。一見したところ、岡村は直接的な形では「労働起源説」を採用しない。しかしながら彼の支持する「人性」説こそは、「労働起源説」と実質的に表裏一体であったように思われる。以下、簡潔にそのことを論証してみよう。岡村が取り上げている所有権の発生原因論は、以下のよう

に分類される。まず (a) 先占説、(b) 労働説、(c) 法定説、(d) 需要説、(e) 経済説、(f) 人性説、(g) 進化説が、それである。(a) の先占説は、先占者が無主物への「意力體力」ないし「勞力」を投入して物を自己の占有下に置くとき、広く立法例は「所有権の取得」を認める（日民239条1項、フランス民法713条、ドイツ民法958条1項）⁵⁴。この先占説は、「意力體力」ないし「勞力」の使用・投入が認定される限りで (b) の労働説と接近する⁵⁵。ところが、「先占」そのものによる所有権取得は、「先占」の要件（自己のためにする占有の継続）が充足される限りで承認されるところの「一時的」な効力をもつにとどまり、安定的な「所有権」帰属を保障しない⁵⁶。しかも、先占によって所有権が取得されるのは「動産」に限られ、無主の不動産は「国庫」に帰属する（日民239条2項、ドイツ民法958条2項、フランス民法539条〔不動産のみならず無主の動産も国庫に帰属する〕）⁵⁷。他方で (b) 労働説によれば、

(1) 「人が勞力を施して原料を變形し、若くは新物を作出して以て價格或は利益を生じたるときは、其の人と物との關係は、先占に於けるよりも更

54 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）66頁参照。「意力體力」（「體力勞力」）については岡村66頁及び68頁。「勞力」については72-73頁参照。

55 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）73頁参照。

56 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）72頁参照。

57 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）76-77頁は、無主の不動産が「国庫」に帰属することを捉えて、「先占説は社會主義に倔強の武器を與ふ」と述べている。

に緊密なるものあり」とされ、また(2)「人は肉體を固有す、肉體の勞力も亦自家の領内たり、其の勞力と外物と混同したるときは、外物も亦自家の領内に属せざるべからず」とされる。さらに(3)「物を生産したる者は、之を所有するの權利あり。生産者が他人を除斥して自己の生産物を専有するは不正に非ず。何となれば、生産者は他人に對して物を生産するの義務あるに非ず、他人は、生産者が其の勞力を用ゐざりしならば生ぜざりし所のものを取得せざるも、(その他人は)毫も失ふ所あらざればなり」(括弧内・引用者)とされる、と謂う⁵⁸。岡村はジョン・ロックの所有權論(勞働説)⁵⁹にほとんど言及していないが、興味深いことに、上記(1)(2)(3)の理由づけは、ほぼロックの所説と符合している⁶⁰。なかでも(2)について言えば、「人は誰でも自分自身の一身については所有權をもっている。これには彼以外の何人も、なんらの權利を有しないものである。彼の身体の勞働、彼の手の働きは、まさしく彼のものであるといつてよい。そこで彼が自然が備えそこにそれを残しておいたその状態から取り出すものはなんでも、彼が自分の勞働を混えたのであり、そうして彼自身のものである

58 岡村・前掲書『民法と社會主義』(前注20) 81頁参照。

59 ジョン・ロック『市民政府論』(前注46) 31頁以下参照。Locke, Two Treatises of Government (Fn. 46), pp. 129-141. ちなみにマルクスは、ロックのことを「あらゆる形態の新しい市民を代表したジョン・ロック」、また「自著の一つで市民的悟性を人間の正常な悟性として証明」したジョン・ロックと位置づけている(傍点・原書)。マルクス『経済学批判』(1859年)全集13巻60頁(ただし全集では「ブルジョア(的)」とあるのを、ここでは「市民(的)」と言い換えている)。なおロックの「自著」とは、『人間知性論』(1689年)を指す。ちなみにカントが、ロックの哲学的立場を、単なる存在論を超えるところの「認識論」の確立として高く評価したことにつき、本稿後注69参照。

60 たとえば(1)の「勞力を施して原料を變形し」の記述は、「勞働による改良」すなわち「(土地が対象である場合に)人が耕し、植え、改良し、開墾し、そうしてその産物を使用し得るだけの土地は、その範圍だけのものは、彼の所有である」(傍点・原書。括弧内・引用者)を説くロックの所説と通底する。ロック『市民政府論』(前注46) 46頁参照。Locke, Two Treatises of Government (Fn. 46), p.136. なお、それ以外の論点の共通性については本文で示す。

何物かをそれに附加えたのであって、このようにしてそれは彼の所有となるのである」⁶¹（傍点・原書）というロックの観点と、岡村のそれとは、瓜二つであると言える。なお（3）に関して付言すれば、「生産者」は、彼が「直接生産者」である限り、その物への所有権取得の論理は（2）の観点の言い換えである。すなわち、自己自身に専属する「労働」によって彼が「物」を生み出すならば、それが彼の所有物となること、理の当然である。ただ「生産者は他人に対して物を生産するの義務あるに非ず」という限りでそうなのであって、労働契約（雇用契約）によって「生産者」（直接生産者たる労働者）が資本家に雇用されて「労働力」を売り渡して生産する法的義務ある場合に彼が得るものは、「労働力」商品の対価（「賃銀」）に限定される。むしろ（3）の記述で岡村が言いたかったことは、賃労働（雇用契約）による資本家の所有権取得の例外であったように思われる。たとえば靴職人やパン職人などの直接的生産者は、通常、他人に対する義務を負うことなしに生産に従事する（請負契約・製作物供給契約等が先行的に存在する場合にのみ、当該「義務」を負うにすぎない）。そしてその「生産物」は、

61 ロック「市民政府論」（前注46）32-33頁。Locke, Two Treatises of Government (Fn. 46), p.130. なお、本注に対応する本文で引用した箇所は、岡村・前掲書『法學通論』（前注8）498頁で紹介されている内容とほぼ合致する。そして岡村は、ロックの所説をさして「何ソ明晰ナルヤ」と感嘆の意を表している。岡村『通論』同頁。さらに「余輩モ或ル度マテハ勞力カ所有權ノ正當ノ基礎タルコトヲ信スル者ナリ」と述べる。岡村『通論』同頁。ただし、「勞力説＝労働説」だと人の労働の成果が民法上の加工の規定（246条）では加工者たる労働者ではなく材料の所有者（資本家等）に帰属し、あとは不当利得の規定で調整が図られるにすぎないこと（248条）を指摘して、「労働説」の限界を指摘し、また雇用契約の効果として労働者は「約定賃金」を受け取るのみで、自己が生産した商品の所有者となることはできないことも「労働説」の及ばざるところと非難する。さらに「相続人ノ權利」が「労働説」では説明困難であり、加えて現実に労働をなしえない「老幼廢疾ノ者」は「畢竟所有權ヲ取得スルコト能ハスト斷セサルヘカラス」と批判している。岡村『通論』499頁。それぞれ尤もな指摘である。筆者（川角）なりに「労働説」を支持する観点からそれぞれにつき説明を試みることは可能であるが、ここでは割愛しておく。

第一次的に生産者自身の「所有権」の客体にほかならない。ただし近代的資本制取引社会において、社会的に媒介された生活過程〔＝生命活動〕を前提とする限り、生産者は自ら「生活過程」を営むため、交換手段たる「貨幣」を取得しないわけにはいかない（その貨幣取得は、生産者個人の生活目的に終始する場合もあるが、多くは配偶者を含めた家族の扶養・子の教育・余暇のための貯蓄等を目的とする）。それゆえ彼は、「他人」に自己の生産物を売る。その場合、「他人」が、その生産物を直接自身のために使用・収益・消費するか、それとも第三者に「転売」するかなどを——基本的に問題とすることなしに——「売る」のである（民法上、売買契約の解釈論としては、第三者への転売の有無を含めた売買契約の「内容」如何が問題となることが多いのは確かなことだが…）。ともあれ岡村は、「勞働説」によれば、山奥に出向いて偶然「拳大の大理石」を発見し、それを持ち去った者は「之」の所有者として「之」を売却すれば「巨億の富」を手中に収めることに根拠を与える、という。そしてこれは、「勞力なき所有権の取得」であって、これを理由づける「勞働説」は不合理きわまりない、と批判する⁶²。それは、言い換えれば「懶惰日を送（る）」地主が小作人の勞働の成果を自己の土地所有権を根拠にわが所有物とすることを許容することと同じだ、とも言う⁶³。ただし、この岡村の論法に問題がないとは言えない。「大理石」のケースは、実質的に「無主物先占」の問題に帰せられるべきであって——大きな大理石を「持ち去る」ための勞働の必要性を含め——「勞働説」批判の根拠としては成り立ちえず、むしろ一種の言いがかりに等しい。また「地主・小作」問題についても、所有権＝「勞働説」批判としてよりも、民法典上の小作契約の不合理性（日民609条・610条にその傾向が著しい）及び当時の「寄生地主制」の実態に批判の鋒先を向けるべきであったように思われる（その点で、ここでは岡村の「社会的リアリズム」に少し濁りが生じている）。

62 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）82-83頁参照。

63 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）83-84頁参照。

いずれにせよ岡村は、(f) の「人性説」を結論として支持する。その根拠は「人々相争ふの不利なることを覺り、各平和の勤勞に因りて取得せる物のみに依りて生活し、相互に他人の所有を尊敬して敢て之を侵害することなきに及びて、乃ち所有權を生ぜり。故に所有權は人を各其の所を守り敢て他人を侵すことなく、又た他人に犯さるゝことなくして、以て生存發達を遂げしむる所以にして、實に人類本性の發動なりと謂ふべし」⁶⁴というにある。そして、この岡村の文章に対応することも、すでにジョン・ロックが指摘していたことであった。たとえば「どんぐり」をその労働で取得する者がその意欲するがごとく「独占」するに至る（may engross as much as he will）のではないか、というありうべき異議（岡村自身、先の「大理石」の例で共有していた異議）に対し、ロックはそのような「独占」を否定し「われわれに所有權を与えるその同じ自然法が、この所有權をもまた拘束する」と述べる⁶⁵。自然法を与えた「神」が我々に所有權を与えるのは、我々の「労働」を尊重するからであるが、同時に我々の「享受」の度合いも考慮に入れているからである、という⁶⁶。ここでは自己増殖する「資本

64 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）99頁。

65 ロック『市民政府論』（前注46）36頁。Locke, Two Treatises of Government (Fn. 46), p.131.

66 ロック『市民政府論』（前注46）36頁。Locke, Two Treatises of Government (Fn. 46), p.131. すなわち「どの程度まで、神はわれわれに与えたか」(how far has He [= God] given it us) と問題を立て、ロックは「それを享受するため」(“to enjoy”) であり、「誰であれ生活の役に立て得るだけのもの」(as much as any one can make use to any advantage of life) についてだけ、「その者は労働による所有權を確立することができる」(he may by his labour fix a property in)、と述べている。ただし、人間の労働も結局のところ「自然の理性」(natural reason) = 「理性の法」(law of reason) = 「神」(God) が与えたところと所与される点で、ロックの歴史的制約は免れがたい。人の「労働」による純然たる価値の創造及び「労働」から商品としての「労働力」への展開は、18世紀のアダム・スミスそして19世紀のカール・マルクスの登場を待たなければならなかった。ちなみに「ロック理論の限界性」をその「価値論」にみとり、それが「労働価値説」・「使用価値説」・「市場価値論（需要供給説）」の「三者にメ

の論理」は出てこない。その意味で文字通り「素朴」であるが、「自由競争」そのものの自己内在的制約原理を言い当てている（単なる自己本位的・利己的な「弱肉強食の論理」を排除する）。こうしてロックにおいては、自分の労働の再生産と家族の生活維持のために必要な範囲で労働に基づく「所有権」が行使されなければならない。あとは「自由」である。要するにロック流の「所有権」には、「各人は自分の利用し得るだけのものをもつべし」という法則が、今日なお通用していて、それで何人も困難に陥れることはない⁶⁷という自主的ルール、つまりは「自己と他者の「保存」⁶⁸を目的とする「自己立法」⁶⁹が存在している。この点、おそらくロックに深く関わ

ゝ分裂」することによって、ロック「価値論」が「価格論の基礎たりえない事実」に端的に示されている、とする批判がある。田中正司「ロック経済論の生成と展開」同『市民社会理論の原型（新装版）』（1991年。原論文初出は1978年）312頁参照（そこでは、ロックが需要供給関係に規定される「自由な市場価格」の表象体としての「貨幣量」の変動の問題に目を奪われ、「交換社会を貫く原理」としての「商品」を構成する価値を直視しえていなかった理論的弱点が示されている）。にもかかわらず、ロック理論（とりわけ労働＝所有権説とそれが基底をなす「市民社会論」）の果たした歴史的役割は、量り知れないほど大きい。

67 ロック『市民政府論』（前注46）41-42頁。Locke, *Two Treatises of Government* (Fn. 46), p.134.

68 今村健一郎『労働と所有の哲学——ジョン・ロックから現代へ』（2011年）237頁。今村は、補足的な意味を込めて、次のように言っている。すなわち「ロックの言う自己や他者の「保存」とは、単なる生存の維持を意味するのではない。それが意味するのは自由で自立した生活である」。今村・前掲書同頁。なお、ロックの「自然状態」論と人々の「自己保存」(self-preservation)を繋ぐキー概念としての「労働」の位置づけにつき、戒能通厚『イギリス土地所有権法研究』（1980年）255-259頁参照。この「労働」の成果たる所有権保護こそ、「社会契約」の目的であり、「抵抗権」・「革命権」のための根源的理由であった。戒能通厚は、その点に名誉革命（1688年）の「妥協的性格」にもかかわらずロック理論に付与されるべき普遍的意義を見出している（戒能・前掲書257頁）。

69 丸山眞男「ジョン・ロックと近代政治原理」『丸山眞男集・第四巻』（1995年。原論文は1949年）177頁以下は、ロックの「自己立法」(self-legislation)の觀念を「近代的自由の中核」に据える。そして丸山は、ロックの「自己立法」を「人間が自己に規範を課する主体的自由」と解した上で、「法を自由に媒介させる能力を人間のうちに信ずるかどう」という一点に近代的政治原理の全運命は賭け

ることがなかった岡村の「限界」であろう。にもかかわらず、同時にそれはロックと実質的に共通する所有権論を呈示しえた岡村の「先見性」をも如実に示すものである。その他 (c) 法定説、(d) 需要説、(e) 経済説、(g) 進化説にも触れるべきであるが、ここでは割愛する⁷⁰。結局のところ、岡

ゝけられていた」と述べている（丸山・前掲189頁）。「近代的自由」は、かくして「無制約的自我の主張」から身を遠ざけ、「ほしいまの事」を許容する「自由」と訣別した（丸山・前掲191頁）。このようなロック的な「自己立法」＝法的自己制約原理は、おそらく18世紀後半カントの自己内省的「自我論」とその「認識方法論」に通じるものがあつたかも知れない。ここで詳論はできないが、以下のカントの文章に留意しておきたい。——「我々の認識能力が個々の知覚から出発して一般的概念に達しようとする最初の努力をこうして（「質料」を媒介にそれに秩序を与える「形式」とが統合的に活動し、もって「概念」を創出することを通じたかたちで）追求してみることは、もとより極めて有益である。そしてあの有名なロックが、かかる探求にまず道を開いたことに対して、我々は感謝せねばならない」（括弧内・引用者）。カント（篠田英雄・訳）『純粹理性批判〔上〕』（1961年。原書初版は1781年）164頁。要するにロックは、なお「存在論」の段階にとどまっていたデカルト（1596-1650年）及びホッブズ（1588-1679年）を克服し、新たな「認識論」の地平を切り拓いたのであり、それをカントが継承したのである。松下圭一『ロック『市民政府論』を読む』（2014年。岩波現代文庫）75頁参照。ともあれ、上記のような観点に照らすと、岡村司の所有権論＝「人類本性の發動」の視点は、ロックの「所有＝労働説」を媒介にすることによって、その現代的生命力をより適切に發揮しうるものであるように思われる。すでに指摘したように、岡村自身は結論としてロック流の「所有＝労働説」を斥けていた。にもかかわらず岡村は、その「所有＝人類本性の發動」論によって、実質的にロックの「自己立法」的所有権思想を受容していたとも言えよう。とりわけ岡村の「所有＝人類本性の發動」論において、国家制定法（「國法」）が「生存、労働、所有の三権」を「人性」に「原本」して「擁護」すべし（岡村・前掲書『民法と社會主義』〔前注20〕104頁）と説くとき、あるべき「國法」が市民（国民）による社会契約によって担保されているとすれば、なおのことそうであろう。岡村の「社会契約説」観については、本稿後注70も参照されたい。

70 なお岡村が (c) 「所有＝法定説」との関わりで「社会契約論」を取り上げていることは、考えようによっては重要な意味をもつ。岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）92-93頁参照（岡村自身は「民約説」と言っている）。すなわち「法定説」は「所有権」を「法律の創設する所」とみるのであるが（岡村88頁）、法律自体が「社会契約」によって形成された国家の司法権の作用である以上、少なくとも社会契約は「權利發生の形式」を担保するという重要な機能を営

村司の所有権の発生原因論は、「人性説」に帰着する。——「余輩故に曰く、所有権の本體は人性に具存し、其の外形は進化す、其の法律の制定に出づと爲すもの、如きは、抑も末のみと」⁷¹。これは、大胆な「自然法」的・「自然権」的観点の発露である。岡村は、法律上、所有権が明文の規定として制定されるかどうかは問題ではない、と言い切っている。これは、岡村司の着眼点の鋭さを物語るものであり、同時に彼の「社会的リアリズム」と「法的理想主義」とが——内在的に連結されつつ——表現されたものである。この点に関連して、さらに岡村は、以下のようにも言っている。すなわち「人性説に在りては、人類には生存の権利あり、勞働に因りて外物を取得するの権利あり、取得した外物を所有するの権利あり、即ち生存、勞働、所有の三權は人性に原本し、緊しく相聯属して分割すべからず、國法も亦に此の三權を無視することを得ざるのみならず、又た必ず之を擁護せざるべからず」⁷²。この岡村の観点を、本稿前注69及び70で確認したものと繋げると、岡村は「人性」(human nature)の発露としての「所有権」を、「生存権」と「勞働権」との相互連結のうちに規範的に把握していた、と言えよう。その帰結として近代国家は、それ(所有権)を制定法上明文化して保護する義務を負うのである。「抑も末のみ」というのは、その<国家の義務>を指すのだろう。ここで岡村は、その内実として、「生存権」・「勞働権」とリンクされた「所有権」を想定している。その際、「所有権」は、個人的所有権として法規範的存在であると同時に、それ自体すでに一

ゝむ(岡村93頁参照)はずだからである(ただし岡村は、ホブズとルソーを挙げて、これらの社会契約説が「所有権は法律を待ちて始めて生ず」という形式主義〔法定説〕の母胎となったとも批判している〔岡村110頁〕)。

71 岡村・前掲書『民法と社會主義』(前注20)114頁。

72 岡村・前掲書『民法と社會主義』(前注20)104頁。これに関連して、ロック以降のウィッグ寡頭制の下で「国家が「多数者」(資本家的土地貴族・初期産業資本家とその服属者たち)の支配に転化し、自然権は所有権といいかえられ、「原始契約」が国家の制定する法に転化する」(傍点及び括弧内・引用者)という過程を描き出す戒能通厚・前掲書『イギリス土地所有権法』(前注68)259頁も参照。

一規範内在的に——「社会的所産」であり、「社会的規範」である（それゆえ、社会契約説的ロック所有権論と岡村の所有権論とが運命的に共鳴し合うのである）。かくして、法形式上「抑も末のみ」的な存在として、つまりは国家の立法作用の結末として＜所有権規定＞が置かれるに至る。こうして、岡村によれば、わが国立法者がこだわった法令上制限された存在としての「所有権」など、初めから論外であったかも知れない（この点、本稿前編・龍谷法学49巻4号〔2017年〕101頁以下を、脚注ともども参照されたい）。「生存権」・「労働権」との相互連結下に置かれた私的所有権は、その拠って担う社会性を、固有に——自己内在的に——実定化（Positivisierung）の内に含みながら、法形式上「個人的所有権」として表出する。この事実を、岡村は否定しない。むしろ一般的な「所有権」は岡村流の「人性」に裏付けられたものであるべきであり、それは自己内発的に——なかでも「土地」所有権などの機能的に具体的な局面で——ロック流の自己立法に服するべきものであった（すでに本稿で示唆したように、岡村による所有権の「絶対性」批判は、そのようなロック的観点を織り込んで理解されるべきものと思われる）。それでは、岡村の若き時代からの一つの理想であった「社会主義」との関係で⁷³、所有権はいか

73 岡村司が若い時代から社会主義を理想化して、それを自己の学問の基礎にしようとしていたことは、彼の日記から裏付けられている。岡村・前掲書『民法と社会主義』（前注20）の「編纂者例言」1-3頁及び末川・前掲『法律学・わが師わが友』（前注22）8頁参照。1897年（明治30年）3月19日の日記がそれである。岡村31歳、東京帝国大学法学部講師に就任する前年に書かれたものである。参考までに原文を要約して示しておく。——「法律は經世の學なり、政治經濟と密接の關係を有す（中略）当初余は民法を以て極小の學（中略）となし、頗る之を蔑視するの心ありたり、今にして思ふに、民法は各人の私權を保證せんとするものなり、人の生活上必然生ずべき個人相互の關係に就きて定むる所あるものなり、其の民生の利害休戚に關すること極めて大なり、近者歐人著す所の社會主義の書を読むに及びて、益々其の然る所を悟れり」。当時、マルクス＝エンゲルス『共産黨宣言』（1848年）すら、わが国では翻譯されていなかった（幸徳秋水＝堺利彦の共訳で1904年〔明治37年〕に出たのが初めてであった）。この時期、岡村が讀んだ「近者歐人著す所の社會主義の書」とはいかなるものであったか。おそらく岡村は、それを原書で讀んだものと推測されるが、残念なが

に位置づけられるべきであつたろうか。以下では、それにつき若干の考察を試みる。

〔γ〕「所有権」と社会主義思想

岡村司は、「所有権と社会主義」の項目⁷⁴でピエール・ジョゼフ・ブルードン及びカール・マルクス、さらにヘンリー・ジョージ（1839-1897年）の所論を取り上げている。岡村によって、「社会主義」の「首領巨擘と目すべき」論者が任意に抽出され、検討されている（岡村『民法と社会主義』114頁）。ただし彼は、依拠した文献出典をほとんど明らかにしていない（『文献名』が示される場合であっても、引用箇所など一切明示していない）。そこで本稿では必要に応じて、筆者（川角）が岡村の論旨に該当すると思われる文献内容を付記するよう努めている。そのため、若干注記の内容が入りくんでいる。この点、ご容赦いただきたい。ともあれ以下では、ブルードン、マルクス、ヘンリー・ジョージの順に岡村の考察概要を示そう。

（あ）ブルードン

岡村のみるところ、ブルードン⁷⁵は、まず「所有権＝自然権説」を論駁

ら詳細は不明である。ちなみに、当時すでに大きな社会問題・政治問題となっていた足尾銅山鉍毒事件（1890年〔明治23年〕以降）での鉍山労働者や被害農民の実態を見聞する機会が岡村になかったとは断言できない（明治初期以降の足尾銅山鉍毒被害については、さしあたり神岡浪子「日本資本主義の発展と公害問題」ジュリスト特集「公害」1970年8月10日臨時増刊号11頁参照）。この点、岡村が生まれ育った茨城県古河町と栃木県足尾銅山は、地理的に比較的接近している（とりわけ洪水で足尾銅山の鉍毒を拡散させた渡良瀬川は、古河町〔現・古河市〕の側を流れている）。加えて、明治期自由民権運動のクライマックスともなった秩父農民事件（1884年〔明治17年〕）も、岡村の出身地に近い。こうして、足尾銅山事件や秩父農民事件の見聞による若き岡村司への思想的影響は否定できないように思われる。このような体験が、1899年（明治32年）8月31日以降のドイツ・フランス留学で、岡村が社会主義の文献をむさぼり読んだ背景としてあったのではないか。その成果の一部が、本稿で示されることになる。

74 岡村・前掲書『民法と社会主義』（前注20）114-139頁。

75 岡村が主に依拠したブルードンの著作は『所有とは何か』（Qu'est ce que la propriété? 1840）であろうと思われる。これにつき、津島陽子「ブルードン」

する⁷⁶。ブルードンにとって、なるほど「自由平等安全の諸権利は自然の権利」であるが、所有権は異なる。前者「自然権」は、「萬人に通じて、厚薄多少の別あることなし」と言いうるが、後者「所有権」は「平等に非ざるなり、或る者は多く有し、或る者は少しく有し、又た或る者は全くこれを有せざるなり」とされる。ブルードンにとって所有権は、自然権でなく「特権」である⁷⁷。すなわち所有権は、「社会の一部が、他の部分を害

における抑圧の三形態について」同「マルクスとブルードン」（1979年）96頁以下、特に103頁以下のブルードン「所有批判」に関する記述（原論文初出は1970年）参照。これを津島・前掲「抑圧の三形態」として引用する。さらに「抑圧の構造」におけるブルードン「所有論」に関して、河野健二〔編〕『ブルードン』（1977年）138頁以下、併せて森川喜美雄「平等」の原理による私的所有批判——P. J. ブルードン「所有とは何か」同『ブルードンとマルクス』（1979年。原論文初出は1962年）3頁以下も参照。なお、ブルードンには1846年刊行の著名な『貧困の哲学』（正式には『経済の矛盾の体系、あるいは貧困の哲学』Système des contradictions économiques, ou Philosophie de la misère, 1846）があり、その中でも100頁余にわたって「所有論」が展開されている。ビュール・ジョセフ・ブルードン（斉藤悦則・訳）『貧困の哲学（上）（下）』（2014年）参照。岡村がブルードンの所有権論を考察するにあたって『貧困の哲学』を参照したであろうことも十分に考えられる。そこで以下では、この翻訳書を斉藤・前掲訳書「上」・「下」として引用する。

76 岡村・前掲書『民法と社会主義』（前注20）117頁。

77 岡村・前掲書『民法と社会主義』（前注20）117頁。なおブルードンは、「所有権＝自然権説」を批判するにあたって、もっぱらカント『人倫の形而上学』（Kant, Die Metaphysik der Sitten, 1797）を対象としている。ブルードンは、『法の形而上学的諸原理』という標題で1839年にフランス語訳されたものを参照したらしい。斉藤・前掲訳書「下」（前注75）623頁（原注11）参照。ちなみに、ブルードンによる「自然権説」への批判は、およそ次のように構成される。すなわち、カントが「自然状態」において取得されるものの「暫定性」を説き（斉藤・前掲訳書「下」286頁）、自然状態において「所有は力の宗教」であり「力の権利」＝「本源的粗暴さ」を保持するところ（斉藤・前掲訳書「下」366頁参照）、カントによればそのような「取得」（所有）が「自然権」としての安定性を主張するためには「社会的な承認」による「確定性」に依拠せざるをえない（斉藤・前掲訳書「下」286頁）。こうして一旦「確定」された所有は、権利として「社会の庇護のもとで無限に増大しうる」（斉藤・前掲訳書「下」同頁）。こうして持てる者と持たざる者の「社会的較差」が生ずる。「所有による平等」とは「まったくの絵空事」にほかならない（斉藤・前掲訳書「下」287頁）。ここにブルードン

して、押領したる不正の利益」⁷⁸にほかならない。またブルードンは、「所有権＝先占説」を批判して、いわく「(たとえば) 劇場の坐席の数、観客の数と同一」となるべきであって、観客の増減に応じて座席数も増減しうるが、「若し此の規則を土地の占有に適用せば、土地は地球上の全人口に比例して分配せられざるべからず。然るに、此の人口は時々刻々變動して定まらざるが故に、所有権も亦常に動揺懸空して成立し確定すること能はざるべし」⁷⁹ (括弧内・引用者) と述べる。さらにブルードンは「所有権＝労働説」をも切って捨てる。すなわち彼によれば、「労働説は所有権を建設せ

ブルードンによる「所有権＝特権論」の根拠が示される。なおブルードンは、「それ自体としての〔即自的な〕所有の理論を説明する」(傍点・原書。亀甲括弧内・訳者(齊藤))と述べている(齊藤・前掲訳書「下」241頁)。したがって、彼が「法理論」にそくして「所有」ないし「所有権」を論じているわけではないことには、十分留意しておく必要がある。ただし齊藤・前掲訳書「下」274頁でブルードンは、当時の一般的な「法律学者」による所有権定義論を紹介している。その箇所では、法律学的所有を「利用する権利」ととどまらず、「乱用する権利」とまで言っているが(齊藤・前掲訳書「下」同頁参照)、これはブルードン流の読み込みであるように思われる。

78 岡村・前掲書『民法と社會主義』(前注20) 117頁。それゆえ「所有権は盜賊なり」という有名なブルードンテーゼに連なる。岡村115-116頁(そこで岡村は、そのテーゼがブルードンの創見によるものか否か問題にしている)。ちなみに、ブルードンはジョン・ロックの自然権的「所有権＝労働説」を直接問題としていない。

79 岡村・前掲書『民法と社會主義』(前注20) 118-119頁。ここでもブルードンは、「所有権＝先占説」をカント理論(先占による所有の國家同意を媒介とした権力的擁護論)に即して批判している。齊藤・前掲訳書「下」(前注75) 285頁参照。ただし、この箇所では「劇場と土地の対比論」は出てこない。関係すると思われるのは以下の文章であろうか。すなわち「富は人間の數に比例して増大する。そのとき、土地は少數の住民しか養えない」(齊藤・前掲訳書「下」547頁。傍点・原書)。ついでながらこれは、マルサス「人口論」批判に関連して書かれた文章であるところ、ブルードン自身は「分業・機械・交易・信用など、經濟の裝置全体によって土地は人間に無限の資源を提供する」と述べ(齊藤・前掲訳書「下」同頁)、その資源＝富の増大は根源的には「労働の過重化」によってもたらされる、と主張している(齊藤・前掲訳書「下」548頁)。

ずして、反りて之を破壊するものなり」とされる⁸⁰。それはどういうことか。「勞働は單に其の結果たる産出物の上に權利を與ふるのみにして、勞働の爲めに使用せる原料若くは天然物に對して何等の權利を與ふるものに非ず」とされるからである⁸¹。たとえばブルードンによれば、漁夫が魚を取得して所有物とするため、「河川」に「勞働」の表出たる「投げ網」行為をすれば、漁夫がその「河川」の所有者となり、同様に獵師が森林で「禽獸」を彼の「勞働」の表出たる「驅逐」行為をすれば獵師が「森林」の所有者となる、とされる⁸²。なかでも「土地は萬人の要具」であって、「何

80 なお「私は破壊する。そして建設する（旧約聖書『申命記』32章）」という言葉が、ブルードン『貧困の哲学』の扉書きに出ている（齊藤・前掲訳書「上」〔前注75〕扉書き参照）。本文で示した岡村の文章は、この「扉書き」にちなんで、彼がブルードン「所有權＝勞働説」批判のために意識した文章であろうと推測される。ちなみに、訳者の齊藤によれば「本書の扉に記されたことば、「私は破壊する。そして建設する（Destruam et ædificabo）」は、旧約聖書『申命記』からの引用とされるが、正確にそれに符合するフレーズは聖書にはない。ほとんどブルードンの創作と言える」とされる。齊藤・前掲訳書「下」627-628頁。ところで、先に示したように岡村が書いている「勞働説は所有權を建設せずして、反りて之を破壊するものなり」という一文については、関連すると思われる記述として齊藤・前掲訳書「下」（前注75）277頁参照。この箇所は、「勞働説」そのものに即して書かれたものでなく、「所有」に関する一般的記述となっている。ただし「所有は勞働の対価であり、勞働の否定である」とか「所有は社会の自発性の産物であり、かつ社会の崩壊である」というフレーズに、上記「建設」と「破壊」の趣旨を読み取ることができるかも知れない。「所有、それは盗みである」という有名な文章も、その箇所に出ている（齊藤・前掲訳書「下」277頁参照）。

81 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）119頁。ブルードンは「生産物に対する權利は排他的であるが、生産用具に対する權利は共有」であると対比し、土地のみならず河川、森林、空氣なども広く「生産用具」と解していた、とされる。津島・前掲『抑圧の三形態』同『マルクスとブルードン』（前注75）104-105頁参照。

82 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）119頁。このようなブルードンの理解は、岡村が「往々撞着あり、混雜あり」（岡村115頁）と評するように、論理の飛躍があるように思われる。なぜなら、漁夫は河川への「投げ網」によって魚の所有權を取得するのであり、獵師は森林での「驅逐」によって禽獸の所有權を取得する。彼等は、その目的で意思的に河川に「投げ網」をし、またノ

人も之（土地）なくんば何等の勞働をも爲す」ことができないはずである⁸³（括弧内・引用者）。にもかかわらず、「勞働」が「單に土地の產出物」について所有權を与えるだけでなく「土地其の物の上に」所有權を与えるとすれば、「地主は小作人に其の所有權を譲らざるべからず、少なくとも小作人は地主と共有者たるべし」⁸⁴。すなわち「此等（小作人や日雇人ら）の

、森林で「驅逐」するのである。ただし、岡村がブルードン説にちなんで「水、空氣、土地は自然が萬人に賦與したる所なり」と述べ、それら「環境」が「官權も、立法も、慣習も」はたまた「何人も、二三者の利益の爲に之（「環境」）を讓與すること能はざるなり」（岡村119頁。括弧内・引用者）と記していることは、なお積極性をもつ。

83 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）119頁。津島・前掲「抑圧の三形態」同「マルクスとブルードン」（前注75）104頁も参照。

84 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）119-120頁。ブルードンの所説において、「經濟學者」は「所有の源は勞働」であり「所有は勞働して生きる權利」とするが、「実効的で実り豊かな占領である勞働が所有の原理だとするならば、勞働しない者における所有をどう説明するのか。小作料をどう説明するのか」と批判される。齊藤・前掲訳書「下」（前注75）275頁。同様のことは「地代は所有にたいする謝礼であるとしても、耕作にたいしては不当な徴収である。勞働をしない者（地主）に報酬を与えるのは、生産・分配・交換にかんする社會經濟學のあらゆる原理に反する」という記述にも現れている（括弧内・引用者）。齊藤・前掲訳書「下」317頁。ちなみに、ここでブルードンがいう「經濟學者」が、アダム・スミス（1723-1790年）及びデーヴィッド・リカード（1772-1823年）であったことは容易に推測される。齊藤・前掲訳書「上」120頁、164頁、221頁、齊藤・前掲訳書「下」31頁、59頁、108頁以下、597頁以下等を参照。ついでながら「地代」に関して、「差額地代」を資本主義的地代の典型として分析されるマルクス「地代論」が重要であること、言うまでもない。マルクス・前掲『資本論・第3卷』（前注51）793頁以下参照。Vgl. auch Marx, Das Kapital, Dritter Band (Fn. 51), S. 627 ff. なお上記マルクス翻訳書1128頁で、以下のように述べられている点にも留意したい。——「地代については、それは單なる分配形態であるように見えるかもしれない。なぜならば、土地所有そのものは、生産過程そのものではどんな機能も、少なくともどんな正常な機能も、行なわないからである。しかし（中略）土地所有者が生産過程と社會的生活過程全体との指揮者および支配者から、單なる土地貸人、土地の高利貸、單なる地代取得者に引きずり下ろされるという事情は、資本主義的生産様式の独自の歴史的な結果である。土地が土地所有という形態を受け取ったということは、資本主義的生産様式の歴史的な前提である。土地所有が、農業の資本主義的經營様式を

労働者は、獨り其の賃銀を得るのみを以て足れりとせず、且其の労働に因りて作出せる（土地の）價格の所有權を要求することを得ざるべからず」⁸⁵（括弧内・引用者）。ならば、結局のところ「労働は所有權を無限に移轉せしめ、分割せしめ、其の確定成立を妨ぐるものにして、畢竟之（所有權）を破滅するものなり」⁸⁶（括弧内・引用者）。こうしてブルードンによれば、労働は、それ自体として所有權を根拠づけえない。にもかかわらず、労働そのものは、あくまで「神聖なる權利及義務」であつた⁸⁷。しかも「今日の

、可能にする諸形態を受け取つたということは、この生産様式の独自の性格の産物（ein Produkt des spezifischen Charakters dieser [= der kapitalistischen] Produktionsweise）である」（傍点及び括弧内・引用者）。Vgl. Marx, Das Kapital, a. a. O., S. 890. すなわち土地が、領主的・身分制的「支配」から「所有」（Grundeigentum）という新たな独自の形態を受け取つた（erhalten hat）ことは、封建的生産様式から資本主義的生産様式への歴史的発展の所産であり、「所有權」という独自の法形式への反映にはかならなかつたのである（「受け取つた」主体が「土地」そのものであるとされている点に注目すべきである）。

85 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）120頁。

86 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）120頁。なお、この論理においてブルードンの所説は、所有權の「移轉」・「分割」が「労働」と一体化している。すなわち労働によって所有權が移轉され、分割されるものと解されている（それは、おそらく地主の土地を小作人が耕作＝労働することによって、その土地が地主から小作人に移轉し、あるいは共有地となるとする記述を踏まえたものと思われる）。しかしながら——岡村の引用に従えば——ブルードンは、所有權の「根拠」ないしその「性質・内容」を論じ、「労働」がその「根拠」たりえず、かつその「性質・内容」を説明しうるものではない、と批判しているはずである。にもかかわらず、所有權の「移轉」・「分割」の無限性を理由に所有權の「確定成立」の不能をもって、「労働」が所有權を「破滅するものなり」と論じているとすれば、それはやはり論理の「撞着」であり「混雜」であろう。

87 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）119頁。この関連で、以下のブルードンの言説を参照。——「所有は占有によって、すなわち労働によってうちたてられた。そのことはしばしば思い出してもらわねばならない。（中略）労働は可能性として内包していた所有を、自分の法則の展開によって生み出さざるをえなかつた。同様にして、労働は産業の分割を生み、それから労働者のヒエラルキーを生み、さらに競争、独占、警察などを生んだのである。これらのアンチノミー（いわゆる「二律背反」ないし「矛盾」）はすべて、労働がつぎつぎとたどる立場として同等のものであり、労働がその永遠の道のりのうえに打ち込んだ道

社會に於て、如何なる勞働と雖も、獨力にて成就するものはあらず。必ず多數人の協力に待たざるべからず。多數人の力に成るものは多數人の所有たり。即ち社會の所有たり。一人が之（所有）を押領するの理なし」⁸⁸（括弧内・引用者）とされ、勞働説自体が所有權の不正を証明している、とする⁸⁹。こうして、ことごとく「所有權」を否定し尽くしたところに、ブルー

ゝしるべであり、その総合的な結合によって真の人權が形成されるはずのものである。しかし、事実がそのまま權利になるわけではない。所有は先占と勞働の自然の產物だが、それは先取りと侵略の原理であった。（中略）勞働にもとづく占有と法律による承認、この二つの要素は法學者たちの解釈においては分離させられ、具合が悪かったが、所有を成立させるために結びつけられた。まさしく奇跡的とも言うべき、こうした讓歩のモチーフを知ること（中略）がわれわれにとって問題なのである」（傍点及び括弧内・引用者）。齊藤・前掲訳書「下」（前注75）283-284頁。上記引用箇所傍点を付した部分は、特に難解であり、意味不明でもある。占有が、なぜ「すなわち勞働」となるのか。勞働が、なぜ「勞働者のヒエラルキー」を生み出すのか。論証されているわけではない。ただしブルードンにおいて、「所有は先占と勞働の自然な產物」として把握されている点には、くれぐれも留意したい。

88 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）120頁。ただし、このブルードンの見解はやはり「非論理的」である。なぜなら勞働が、単に個人勞働に終始するのではなく、とりわけ機械制大工業のもとで協業形態・分業形態等の形で組織的に展開されている点では、勞働それ自体は確かに「社会的」なものである。しかしながら、その所産たる生産物の「所有」が直ちに「社会的」なものとなるわけではない。つまりは、個人的所有權が社会性をもつことと「社会的所有權」概念とは、それ自体として厳密に区別されるべきことである。にもかかわらず、ブルードンが「勞働」と「勞働力」との概念的区別を知らなかったがゆえに、生産様式＝形態の「社会性」を当該生産様式に基づく「所有」にも直線的に連結せしめたように思われる。そこにブルードン「所有」論の「非論理性」と「非現実性」があったのではないか。

89 この点、ロック「所有權論」によれば、「人は誰でも自分自身の一身については所有權をもっている」のであり、「彼の身体の勞働、彼の手の働きは、まさしく彼のものである」。よって「この勞働は、その勞働をなしたものの所有であることは疑いをいれないから、彼のみが、己の勞働のひとたび加えられたものに対して、權利をもつのである」。つまりは「勞働が、万物の共同の母たる自然がなしたより以上のなにかを、それに附加えたのである。そのようにしてそれは彼の私權となった」とされる。ロック『市民政府論』（前注46）32-34頁（傍点・原書）。Locke, Two Treatises of Government (Fn. 46), p.130. 加えて、

ドン独自の社会構想が成立する。すなわちブルードンは、所有権を滅却した先に、諸個人の「團結」の可能性に期待をかける⁹⁰。そして、その「團結」を担保するものは、「萬人に同一の賃銀を與ふる」ことであった⁹¹。ブルードンにとって肝心な点は、労働時間の長短によるのではなく、「要は賃銀の同一なるに在り」とされた⁹²。かくしてブルードンにとって、「所有権に代ふるに單純の占有を以てし、占有の權利を萬人平等とすること」⁹³が、

、ロック流の「立法権」優位の三権分立論によって、この労働による私的所有権が法制度上保護されるべく規定されることになる。すなわち諸個人がみずから社会契約によって信認した政府＝国家を必要とするのは——自然状態では不十分であった——諸個人の「所有の維持」を保全せんがためである。ロック『市民政府論』128頁参照。Locke, Two Treatises of Government, p.180. 念のため、原文を引けばこうである。„The great and chief end, therefore, of men uniting into commonwealths, and putting themselves under government, is *the preservation of their property.*”（イタリック・引用者）。なお、この場合には法の下での平等が前提となつて、誰であれ諸個人は等しくその労働によって「私権」としたところの「所有権」を、社会の名、政府の名のもとで等質に承認されるべき法的規範形態をとる。制定法主義であれ判例法主義であれ、違いはない。むしろ、その形式の違い（制定法主義か、判例法主義かの違い）を克服し、政治権力によって法的に保護されるべき重要なリストの一項目として「所有権」が置かれることになる。それゆえ、少なくともロック「所有権論」においては、労働説が所有権の不正を証明することにはならない。その逆こそ「真」である。むしろ労働こそ、所有権の正当性＝正統性（authority）を根拠づけるのである。すなわち「労働が、万物の共同の母たる自然がなしたより以上のなにものかを、それに附加えたのである。そのようにしてそれは彼の私権となつた」（„That [= Labour] added something to them more than Nature, the common mother of all, had done, and so they became his private right.”）という文章に、その「正統性」が示されている。ロック『市民政府論』34頁。Locke, Two Treatises of Government, p.130. ちなみにauthorityという用語自体は、「各人が自分の事件に関する審判者であることから」（from every man's being judge in his own case）根拠づけられるところの「市民社会の目的」（the end of civil society）を論ずる箇所に出てくる。ロック『市民政府論』91頁。Locke, Two Treatises of Government, p. 160.

90 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）123頁参照。

91 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）124頁。

92 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）124頁参照。

93 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）124頁参照。そのために特に強メ

その理想となった⁹⁴。これは——私的「所有」に代えて私的「占有」の「平等」を説き、あるいは労働者への「同一賃金」を主張するにとどまり、「資

ゝ調されたのが、ブルードン説に特有の「人民銀行制度」であった。岡村は、これにつき「全く失敗に歸したりき」と述べている。岡村・前掲書同頁。なおブルードンは——「万人平等」を实践するため——『貧困の哲学』を刊行してのち1848年市民革命以降、「国会議員」となり「人民銀行」の設立を企てた」とされる。齊藤・前掲訳書「下」(前注75)・「訳者解説」636頁参照(「人民銀行」の清算などにあたっているさなかに、第三者から通報されブルードンが投獄されるに至ったことにつき、河野〔編〕・前掲書『ブルードン』〔前注228〕22頁を参照)。ところで「所有権に代ふるに單純に占有を以てし、占有の權利を萬人平等とすること」が、ブルードンの理想であったことはその通りであろう。だが「所有権」を「占有権」に代えて、果たして「万人平等」が現実化されるだろうか。たとえば、「物質を精神化し、精神を物質化する。現実を觀念化し、觀念を現実化する」、あるいは「否定はまず肯定があるからこそ否定になる」(齊藤・前掲訳書「上」〔前注230〕33頁及び37頁)というのが、ブルードン「系列弁証法」の発想であるらしい。訳者によれば、「異質なものの結合(あるいはぶつかりあい)が生み出す火花、それがもたらすダイナミズムを析出する」ところに「系列弁証法の特徴」がある、とされる。齊藤・前掲訳書「下」・「訳者解説」631頁。これは「まさしく独特の逆説的な言いまわし」でもって「大きくうねる」(齊藤・前掲訳書「下」・「訳者解説」628頁)わけであるが、論理的には単なる「循環論法」の一種とも言えそうである。たとえばマルクスは、「ブルードン氏は、回り道をするほうが好きだった。(中略)結局は、いつも彼の出発点にまいもどることになるのだが」と皮肉っている。マルクス『哲学の貧困・ブルードン『貧困の哲学』への返答』(1847年)全集4巻(1960年)63頁。さらにマルクスは、ブルードンにおける「哲学」の貧困さの現れを、「(ブルードンが)單純な定立と單純な反定立という最初の二段階よりも上に登りきれたためしがない」ことのうちに認識し、その理由を「ブルードン氏がいかにヘーゲルの弁証法を他に類例のないほどつまらぬものに矮小化しつくしたか」という点に見てとっている。マルクス・前掲『哲学の貧困』133頁。これは、ブルードンの「逆説的な言い回し」が、ヘーゲルの哲学の「方法」といかに無縁であるかを暗示するものである(マルクスが目するヘーゲルの方法については、前掲『哲学の貧困』131頁を参照)。

94 津島・前掲『抑圧の三形態』同『マルクスとブルードン』(前注75)114頁によれば、マルクスはブルードンを「私的所有」に対する「批判的検討をしかも最初の決定的な遠慮のない、それと同時に科学的な検討を加えた」人物として高く評価しながら、他方ブルードンの証明は「所有」が「盗みと完全に一致する」という命題のみであって、「私的所有を否定するにあたり、同時に私的所有の存在を歴史的に是認する必要を感じた」。だから「私的所有に「平等な占有」を対立させるに留まった」と記されている。

本」による「労働」の搾取の実態から理論的に目を背けることによって、むしろ「私的」所有の肯定へと逆流する。この点に鑑み、ブルードンの社会構想は、ある種の「空想的社会主義」⁹⁵、あるいは「現状肯定的法曹社会主義」ないし徹底した「社会改良主義」であった。岡村によれば、このブルードンの所説を批判的に摂取してマルクスの社会主義理論が構築された。すなわち、マルクスは「其の資本論に依りて所謂科學的社會主義の基礎を立てたるが、其の重要な部分は全くブルードンに出でたること（中略）多くブルードンに學ぶ所ありしことはマルクス自身も明言する所なり」（傍点・引用者）とされる⁹⁶。それは何を意味するのであろうか。この

95 ブルードンと「空想的社会主義」の関係につき、河野（編）・前掲『ブルードン』（前注75）5頁には、以下のように記されている。——「1829年、同郷人のシャルル・フーリエがその主著『産業的、協業的新世界』の原稿をゴーチエ印刷所（若きブルードンが勤務した職場）にもちこんだ。校正の担当者としてブルードンは、何度もフーリエと接触した。思弁と空想の産物であるフーリエの未来社会論は、ブルードンに強い影響をあたえた。「まるまる六週間、私はこの奇妙な天才のとりこであった。」のちにブルードンが展開する「系列の理論」は、明らかにフーリエの影響によるものであった」（括弧内・引用者）。さらに同旨として、斉藤・前掲訳書（下）「訳者解説」（前注75）630-631参照。ちなみに、マルクスの盟友として著名なフリードリッヒ・エンゲルス（1820-1895年）が1883年に書いた『空想から科学へ——社会主義の発展』（Die Entwicklung des Sozialismus von der Utopie zur Wissenschaft）の中で、サン・シモン（1760-1825年）、ロバート・オーエン（1771-1858年）とならび、フーリエ（1772-1837年）の思想が批判的に克服され、発展させられている。さしあたりエンゲルス（大内兵衛・訳）『空想より科学へ』（1966年改版・岩波文庫）24頁、42-43頁、78-79頁及び全集19巻（1968年）179頁以下、特に185頁、188頁、190頁、193-194頁参照。なかでもエンゲルスが、「われわれドイツの社会主義者は、たんにサン・シモン、フーリエ及びオーエンを祖とするのみでなく、カント、フィヒテ及びヘーゲルの流れをくんでいることを、われわれの誇りとするものである」（岩波文庫24頁。傍点・引用者）と記していることは、きわめて意義深い。なお、全集19巻185頁にも同旨が記されている。

96 岡村・前掲書『民法と社会主義』（前注20）125頁。岡村はいちいち論証していないが、たとえばブルードン『所有とは何か』を指して、マルクスが「ブルードンは経済学の基礎たる私有財産に、批判的検討を、しかも最初の決定的な、遠慮のない、それと同時に科学的な検討をくわえる。この点は彼がしとげたメ

ことを念頭に置きながら、次に岡村のマルクス「所有権論」をみよう。

(い) マルクス

岡村によれば「マルクスの性格は、寧ろ學問思索の人にして、革命的人物に非ず」とされる⁹⁷。そして「其の有名なる資本論は、實に一千八百六十七年を以て現はれたり。自ら稱して絶対に科學的著述なりと爲す。(中略) 資本家製造家に對して往々痛言を放つことありと雖も、是れ唯、主義を論争するのみにして、個人を攻撃するものに非ず」という⁹⁸。その上で岡村は、マルクス『資本論』の「大意を領略せん」として、その骨子を提示している⁹⁹。まずもって『資本論』は、「労働が所有権の正當の根原たり、

大きな科学的進歩であり、経済学を革命し、眞の経済科学をはじめて可能にした進歩である」と高く評価した事実を想起すべきであろう。マルクス『聖家族』全集2巻29頁（原論文初出は、1844年）。なお、この点（マルクスのブルードン評価）に関しては、津島陽子「『資本論』におけるブルードン問題」同・前掲「マルクスとブルードン」（前注75）234頁以下、特に236頁も参照。そこで津島は、マルクス自身の経済学研究の進展プロセスと対比させながら、マルクスによるブルードン批判を通じたブルードン評価（「資本家と労働者との商品所持者としての自由平等関係」を見て取った点の評価〔「一面の真理」の承認〕とともに、その見て取り方が「表面的現象把握」にとどまったとする批判）を摘示している。その鍵を握るのは、マルクスによる「労働力」概念の確立であつたろう。すなわち、商品としての「労働力」の使用価値を転化せしめて「剰余価値」（Mehrwert）となし、資本家によるその取得＝収奪（資本〔家〕による労働〔者〕の搾取＝労働者の「自己疎外」の理論的根源）とその拡大再生産を可能にせしめた資本主義的生産様式（die kapitalistischen Produktionsweise）に関するマルクスによる「本質」把握にあつた、と思われる。そのマルクスの「本質」把握へのブルードンによる影響を含め、津島・前掲論文「ブルードン問題」同・前掲書241-244頁参照及び森川・前掲「ブルードンとマルクス」（前注75）54-55頁も参照。

97 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）126頁。

98 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）126頁。言うまでもなく、1867年『資本論』とは、その第1巻を指す。ちなみにマルクスは、「資本主義」の法則性を論証し、「資本」の論理を解明した点で、あくまで「主義を論争」したのであつて、個々の資本家を非難しているわけではない。したがって、この点の岡村の理解は、きわめて正鵠を得ている。

99 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）127頁以下。

價格の唯一の標準たることを前提とす。是れアダム・スミス以来經濟大家の主張する所にして、今日に於ても尚ほ有力なりと爲す」と述べる（岡村・前掲書〔前注20〕127頁。ナカグロ・引用者）。ちなみにジョン・ロックは經濟学者ではなかったが、すでに指摘したように1690年の『市民政府論』において世界的に意義深い「労働＝所有権説」を定礎していた（本稿前注66以下を参照）。このロック「労働＝所有権」説を所与の前提にして、アダム・スミスは1776年『国富論（諸国民の富の性質と原因の研究）』（An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations）において「労働価値説」を説き明かし¹⁰⁰、それを——基本的に——デーヴィッド・リカードが1817年の『経済学および課税の原理』（On the Principles of Political Economy and Taxation）でもって継承した¹⁰¹。マルクスは、スミスとリ

100 スミスは「労働は交換価値の真実の尺度である」という著名な命題のもとで「労働価値説」を詳細に論証している。たとえば大河内一男（編）『アダム・スミス』（『国富論』）97頁以下参照。スミスは、『国富論』の中で幾たびかジョン・ロックに言及しているが（大河内〔編〕・前掲書112頁、325頁、360-361頁）、直接ロック「労働＝所有権」説を取り上げているわけではない。とはいえ、スミスがロックの「労働＝所有権」説を自説（「労働価値説」）の自明の前提としたであろうことは、容易に推測されるところである。たとえば田中正司「アダム・スミスの自然法学・スコットランド啓蒙と経済学の生誕」（1988年）226-227頁では、「スミスも」また——ロック「所有論」を批判的に継承・発展させる中で——「明確にロックを前提にしていたことが注意される」べきである、と述べる。ちなみに、浜林正夫＝鈴木亮（共著）『アダム＝スミス』（1989年）99-100頁（鈴木執筆担当箇所）では、「ロックの人間観」とスミスのそれとの共通性が論じられている。

101 ちなみにスミスとリカードを対比して、大河内一男（1905-1984年）は前掲『アダム・スミス』（前注100）の中でこう言っている。すなわち、大河内は東京帝大経済学部1年生のとき、当時助教授であった大森義太郎（1898-1940年）の外書講読でリカード『経済学及び課税の原理』を読んだのだが、「いかにも砂をかむような文章で、最初から経済学というものがおもしろくない退屈な学問であることを痛感」した。ところが、大森の講義が「歯切れのいい口調」で「いかにも新鮮でおもしろかった」ため、ついリカードを通読したものの、結局経済学の魅力を感じることができないままだった。そこで大河内が向き合ったのが、スミスの『国富論』であった。——「スミスは文章が暢達だし、そのうえ、リカードオとちがって、たしかに固有の「人間」がかくされていた。その点が私のメ

カードを徹底的に研究し、その結果、実体的「労働」と商品としての「労働力」との概念的区別を検証した¹⁰²。ただし岡村は、そのことには触れていない。ところで「所有権」の源泉が「労働」にある限り、その労働による「一切の富」（生産物）は労働者に帰属することになるはずである¹⁰³。にもかかわらず、その労働によって生み出された「富」を「資本が剥奪」するなら、ブルードンのいう「所有権は盗賊なり」と同じ結論になる¹⁰⁴。しかし、少なくとも法形式上、その非難はあたらない。マルクスも、その点では同じ結論である。なぜか。岡村の表現を借りれば、それは「神秘ありて存す」であり、その「神秘」とは、資本家から雇用契約によって買われた「労働」（この点、岡村が「労働力」という表現を用いていないことに留意しておく必要がある）は、「其の価格よりも多く生産するの特質を有す。故に

ゝ興味の焦点だった」。大河内（編）『アダム・スミス』8-9頁参照。税関吏の父をもち、その父の早過ぎる死ののち母親の手で育てられ独学で古典文学・近代文学を学んだスミスの固有な「人間」に裏打ちされた「労働価値説」と、父親譲りの株投資家出身で大金持ちであったリカードの「無味乾燥」な「労働価値説」との違いがわかるような気もする。にもかかわらず、リカードがスミスを批判的に継承し、さらに発展させたというのは歴史の皮肉かも知れない。なお、スミスの経歴については、大河内（編）前掲書573頁以下の「年譜」を参照。さらにリカードの経歴及び上記『経済学及び課税の原理』の概略は、岩波文庫版（下）181頁以下の訳者・小泉信三（1888-1966年）による「解説」及び「年譜略」を参照。ちなみに岩波文庫版（上）「改訂版序」3頁では、小泉による評として「原著者」のリカード自身「文章に不得意であつた」と記されている（なお、岩波文庫版〔上〕〔下〕ともに1952年刊行）。上記大河内の「砂をかむような文章」の意味も、ある程度推測がつくように思われる。

102 マルクス『資本論・第1巻（第1分冊）』全集23巻a（1965年）218-231頁（「労働力の売買」の箇所）参照。Vgl. auch Marx, Das Kapital, Kritik der politischen Ökonomie, Erster Band, 1864, S. 181-191 (Dietz Verlag Berlin, 1980).

103 岡村・前掲書『民法と社会主義』（前注20）127頁参照。岡村同頁において「所有権の唯一の根原は労働に在りと爲さば、獨り労働者のみが所有者たらざるべからざればなり」。

104 岡村・前掲書『民法と社会主義』（前注20）127頁参照。

労働を使役する者は富の源泉を把握するなり」という点にある¹⁰⁵。「労働の価格」は「其の生産費」、すなわち「労働者及其の眷属を扶持する衣食等の價なり」。ところが「其の衣食等の價格も亦、之を生産する時間に依りて定まる。故に労働の價格は、労働者の衣食等を生産する時間の價格なり」とされる¹⁰⁶。この労働による「生産する時間の價格」を、資本家は賃金として労働者に支払うのである。たとえば、資本家が労働者を10時間働かせ、うち5時間分の「賃金」しか支払わない場合、残りの5時間分は「資本家」の懐に入る。すなわち資本家は、原材料費や自己の管理费用を差し引いたものを「剰余価値」として取得し、その一定部分を「再生産」のための原材料費等の購入に充当する。仮に、一人の労働者の一日当たり「5時間」の剰余労働が労働者100人分に換算されれば「500時間」分となり、月25労働日とすると一カ月の「総剰余労働時間数」は1万2千5百時間となる¹⁰⁷。かくして「資本は實に此の剰余の所得より生ずるなり」¹⁰⁸。そし

105 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）130頁。

106 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）130頁。

107 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）130頁。なおマルクスは、労働者が「労働力」を「商品」として売るためには「彼は、労働力を自由に処分することができなければならない、したがって彼の労働能力、彼の一身の自由な所有者権でなければならない」（der Besitzer der Arbeitskraft muß über sie [= Arbeitskraft] verfügen können, also freier Eigentümer seines Arbeitsvermögens, seiner Person sein）（傍点・引用者）として、無意識的ながらも「市民法」適合的「人格利益」を確認している。マルクス『資本論・第1巻（第1分冊）』（前注102）220頁参照。Vgl. Marx, Das Kapital, Erster Band (Fn. 102), S. 182. これを「權利構成」せず理論化したのが、フォン・サヴィニー『現代ローマ法体系・第1巻』（System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1, 1840, S. 336）であった。サヴィニーの観点からすれば、人格がもたらす所有権・債権等の「価値」（Werth）は、「われわれに固有の人的力の人為的拡張として」（als künstliche Erweiterung unsrer eigenen persönlichen Kräfte）把握されることになる。この「固有の人的力」を「労働力」に置き換えても、それほど不自然には思われない。ちなみに岡村の理解は、「労働力」という表現を使っていないことを除けば、ほぼマルクス『資本論・第1巻（第1分冊）』の記述と合致する。「労働の価格」が「一定量の社会的平均的労働」（マルクス・前掲書223頁）

てさらに岡村は、いわゆる絶対的及び相対的剰余価値の生産にも視野を広げる。すなわち「第一は労働者の数を多くす、第二は労働時間を延長す、第三は必要労働の時間を短縮す、即ち労働の生産力を増加し、労働者が従前六時間にて生産したる生存資料を、三時間にて生産することを得るものとせば、生存資料の価格を減少し、従ひて賃銀を減少す」¹⁰⁹。この引用文中「第一」と「第二」が絶対的剰余価値を意味し、「第三」が相対的剰余価値を意味する¹¹⁰。さらに岡村は、マルクスによる「いわゆる資本の本源的蓄積（die sogenannte ursprüngliche Akkumulation）」¹¹¹にも着目している。すなわち「マルクスは更に歴史上の事實に據りて、動産及不動産の所有権は、多くは其の本、誑詐、暴力等、不正の手段に由りて取得せられたるものなることを證明せり」¹¹²。このような経済法則外在的な剥き出しの暴力によって¹¹³——もっぱら生産手段としての土地の——所有権集中

ゝ頁）を表すことを付け加えておけば、もっとよかったと思われるのだが。

108 岡村・前掲書『民法と社会主義』（前注20）131頁。

109 岡村・前掲書『民法と社会主義』（前注20）131頁。

110 ゆえに岡村は「完全なる機械及方法を使用して益労働の生産力を増加するときは、賃銀は益低下し、製造家の利益は益増加するの結果と為るなり」と述べている。岡村・前掲書『民法と社会主義』（前注20）131頁。

111 マルクス『資本論・第1巻（第2分冊）』全集23巻b（1966年）932頁以下。

Vgl. Marx, Das Kapital, Erster Band (Fn. 102), S. 741 ff.

112 岡村・前掲書『民法と社会主義』（前注20）132頁。

113 ここで「経済法則外在的」というのは、封建領主による農奴への「経済外的強制」とのアナロジーにおいて——それとの実質的連続性のもとで——非「封建領主」たる「新たな市民」（将来的資本家。マルクスの表現によれば「古い封建貴族」にとって代わったところの、貨幣に権力の源泉を求めた「新しい時代の子」としての「新しい貴族」。『資本論・第1巻（第2分冊）』（前注111）938頁）によって実行された「本源的蓄積過程」での暴力的収奪行為を、もっぱら「商品交換の経済法則」との関係で「外在的」と規定している。すなわち確立した資本主義社会において、「労働力商品」は、一応法形式的には「雇用契約」・「労働契約」という形を纏って合法的・非強制的に「売買」されている。対するに「資本の本源的蓄積」では、そのような「合法性・非強制性」が基本的に欠落していたわけである。ここで「基本的に」と書いているのは、現実には当時の絶対王政権力が数々の「立法」で「資本の本源的蓄積」をあと押ししていたから、

が図られ、資本の「本源的蓄積」が歴史的に形成された。その事実を、岡村は以下のように摘示する。——「資本制度は、比較的近世の發現にして、第十六世紀以後の事と爲せり。曰く大地主が次第に小地主の土地を兼併するに及びて、生活の方便を失ひたる多數の人民は、自然都市に流入して他人の使役に供せらるゝに至れり。加ふるに、機械の發明と店舗工業の廢止とは、大工業の發達を促がし、資本家が勢力を得るに従ひて、多數の貧民を使役すること、爲り、資本益増加して、勞働者の數愈其の多きを加へたり。但、社會の一方に富の集積すると同時に、他の一方に勞働者の窮乏、卑屈、墮落を生ずるは、勢の免れざる所なりと」¹¹⁴。このようにして生まれ出でた「資本」と、それを組織化し、システム化した「資本主義的生産

ゝである。マルクス・前掲『資本論・第1巻（第2分冊）』941頁及びイギリスの「囲い込み立法」につき戒能通厚・前掲書『イギリス土地所有権法』（前注67）163頁参照。加えてマルクス・前掲書959頁以下の「被収奪者に対する血の立法（Blutgesetzgebung）」に関する記述も参照。

- 114 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）132頁。この岡村のマルクス読解は、基本的に正確であると考ええる。ただし——やむをえないこととはいえ——15世紀イギリスにおける「自由な自営農民」の出現と彼らの支配者であつた封建領主の家臣団の存在。そして、封建領主制の崩壊に伴う家臣団の「解体」によって「無保護なプロレタリアートの大群が勞働市場に投げ出された」事実（マルクス・前掲『資本論・第1巻（第2分冊）』（前注111）936-938頁）。さらに「資本家的借地農業者の生成」（マルクス・前掲書969頁以下）及び「産業資本家の生成」過程（マルクス・前掲書978頁以下）、加えて「植民制度、国債、重税、保護貿易、商業戦争、等々、これらの、本来のマニファクチュア時代に生まれた若芽は、大工業の幼年期には巨大に成長する」（マルクス・前掲書988頁）などの観点は、必ずしも岡村の視野には正しく取り込まれていないようである。岡村がマルクスの叙述を簡略化したことによる制約もあれば、岡村が自己のモチーフに規定されてそれほど重視しなかった記述上の制約があるように思われる。ともあれ、マニファクチュア時代に生まれた若芽としての「植民制度、国債、重税、保護貿易、商業戦争」は——マルクスによって「大工業の幼年期には巨大に成長する」とされているところ——これらはあたかも今日、どこかの資本主義覇権大国の大統領による政策スローガンをまざまざと見せつけられているが如き錯覚におそわれるではないか（ちなみに、企業法人税減税政策は相対的に庶民増税に帰着する）。

様式」は、やがて「絶えず膨張しながら資本主義的生産過程そのものの機構によって訓練され結合され組織される労働者階級」の反抗をも増大せしめる。すなわち「資本独占 (das Kapitalmonopol) は、それとともに開花しそのもとで開花したこの生産様式の桎梏 (Fessel) となる。生産手段の集中も労働の社会化も、それがその資本主義的な外皮と調和できなくなる一点に到達する。そこで外皮は爆破される。資本主義的私有の最期を告げる鐘が鳴る。収奪者が収奪される」¹¹⁵ (傍点・引用者)。この文章に引き続く以下の記述は、「近代的所有権論」(「私的所有」論) にとってもきわめて示唆的である。——「資本主義的生産様式から生まれる資本主義的取得様式は、したがってまた資本主義的私有も、自分の労働にもとづく個人的な私有の第一の否定である。しかし、資本主義的生産は、一つの自然過程の必然性をもって、それ自身の否定を生みだす。それは否定の否定である。この否定は、私有を再建しないが、しかし、資本主義時代の成果を基礎とする個人的所有をつくりだす。すなわち、協業と土地の共同占有と労働そのものによって生産される生産手段の共同占有とを基礎とする個人的所有をつくりだすのである」¹¹⁶ (傍点・引用者)。

115 マルクス・前掲『資本論・第1巻(第2分冊)』(前注111) 995頁。Siehe auch Marx, Das Kapital, Erster Band (Fn. 102), S. 790-791.

116 マルクス・前掲『資本論・第1巻(第2分冊)』(前注111) 995頁。Vgl. Marx, Das Kapital, Erster Band (Fn. 102), S. 791. ちなみに、ここでマルクスがいかにヘーゲルを徹底的に研究したかが示されている。ここで言われる「否定の否定」としての「高次の個人的所有」の生成とブルードンの「系列弁証法」(逆説的なうねりの——結局出発点に舞い戻る——「弁証法」)との根本的相違が思い起こされるべきである。なお上記箇所では、「私有」はdas Privateigentumであり、「個人的所有」はdas individuelle Eigentumとして、マルクスにより区別されている。その含意は、きわめて重要である。この関連で、上記『資本論』の観点に通底する見解が、すでにマルクス『経済学・哲学手稿』(1844年)全集41巻387頁以下、特に458-460頁で示されていることも、無視できない。そこで若きマルクスは(当時26歳)、「私的所有の歴史的必然性」を「労働の材料と主体としての人間」が(資本制的生産の)「運動」のうちに定礎するところの「成果」であり、かつまた「出発点」である、という点に求め、同時に人間の「社

しかしながら、岡村司は、このようなマルクスの思考過程に反発を感じたらしい。「暴力革命」のイメージを払拭できなかったのであろうか。こう言っている。「資本家が生産の一部を取得するは、今日の法律及社會制度の當然の結果たり。労働者の賃銀が以て其の生活を維持するに足らざるは極めて悲しむべしと雖も、是れも亦已むことを得ざるに出づ。此の弊を救ふには、單に巧妙なる論理を以て生産の分割を迫るとも益なし。労働者の勤儉貯蓄の良習を奨励して、土地若くは生産要具の所有者たらしめ、以て資本に對する利息を免れ、労働の結果の全體を享受せしむるに如かざるなり」¹¹⁷（傍点・引用者）。この岡村の態度は当時としては先進的な「社会改良主義」であった¹¹⁸。それにしても「生産の分割」とは意味不明である

ゝ 会的存在性」を通じて「人間の自然性」が「存在」し、かつ「活動・享受」する、と述べた。言い換えれば「共同の活動と共同の享受」の中で、初めて「私的所有」のもつ狭い歴史的制約が克服され、社会的規模での「個人的所有」が再生されるのである。それは「受苦」（Leiden）を伴うが、一個の「人間の自己享受」（Selbstgenuß des Menschen）でもあった。そのような観点から、マルクスは資本主義的「私的所有」を批判し、より高い社会的次元での「個人的所有」を展望したのである。この点、熊野純彦『資本論の哲学』（2018年）245-247頁も参照。

117 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）134頁。

118 岡村の基本的スタンスは、こうであった。すなわち「社會主義の期する所は、窮民の運命を改善するの目的を以て、現制度を更革する」のであるから、「敢て非議すべきに非ず」。しかしながら「社會主義」が「直に現制度を破壊して、其の理想とする新社會を実現」しようと企図し、かつまたその目的で「社會の秩序を紊亂せんとする者」が出てくれば「之を箝制抑止するは、固より國家の任なり」。岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）1-2頁（なお本稿前注20の引用文も参照）。こうして岡村の「社会改良主義」が、その所有権論を媒介に引き出されてくる。もちろん当時の社会状況のもとで、岡村の態度は、いわばやむをえない「社会改良主義」であった。しかも岡村のそれは、国家温情主義的「社会改良主義」とは性質を異にしていた。言い換えれば、岡村にとって、「窮民の運命」改善はあくまで至上命題であって、そのための国民の自主的で「穩健」な「実行手段」たる範囲では、「社會主義」はなお是認されるべきものであった。岡村・前掲『民法と社會主義』2頁参照。その立場から、彼は「社會政策に關する立法」ないし「社會政策の意義」それ自体を積極的に位置づけようとした（岡村・前掲『民法と社會主義』3-4頁参照）。おそらく岡村なりに、当時の「帝

(文脈上、いわゆる「分業」を意味するとは思われない)。筆者(川角)の見る限り「生産の分割」という表現は『資本論』に出てこない。仮に出てきたとしても、マルクスが「巧妙なる論理を以て生産の分割を迫る」ことなど考えられない。マルクスは、むしろ端的に「資本の集中」・「資本の独占化」を視野に収め(本稿前注115に対応する本文参照)、それによってもたらされる「労働の社会化」がいかに「資本主義的生産様式」の矛盾を露わにするか、どのようにして資本主義自体が自己矛盾の必然的解消を生み出すか(いかに「一つの自然過程の必然性をもって、それ自身の否定を生み出す」か。本稿前注116に対応する引用文参照)を冷静に解き明かした。岡村は、その論理構成の「謹厳さ」と理論的「權威」を承認せざるをえなかった¹¹⁹。しかし岡村は、所有権の「人性」説に依拠して、あくまで「労働=所有権説」に与しようとはしなかった¹²⁰。それゆえ「マルクスの論理を仔細に点検すれば、幾多の謬妄詭辯を包蔵することを見る」¹²¹と結論づけたのである。岡村が、マルクス『資本論・第1巻』を、おそらく原書で読破したことは高く評価されなければならない¹²²。しかし、彼は『資本論』の第2巻・第3巻を読む

ゝ「国議会」を通じた「立法政策」の展開に期待を寄せていたのであろう。その「帝国議会」の機能には、事実上大きな制約があった(たとえ「社会政策的立法」が帝国議会を通過しても、最終的に天皇の裁可がなければ「立法化」されなかった。そもそも立法権の行使主体は「天皇」であった。帝国憲法5条及び6条参照)。

119 岡村・前掲書『民法と社会主義』(前注20)134頁。

120 岡村・前掲書『民法と社会主義』(前注20)134頁。その箇所では岡村は、「労働が價格の標準たり所有権の源泉たることは未だ俄に首肯し易からざるものあり」と述べている。よって「労働価値説」自体を消極的に捉えている。

121 岡村・前掲書『民法と社会主義』(前注20)134-135頁。

122 ただしマルクスの『資本論・第1巻』は、1872年から1875年にかけてフランス語訳で刊行されている(『資本論・第1巻』[第1分冊]全集23巻a[前注102]24-25頁。フランス語版は分冊で順次刊行された。ちなみに「フランス語版にどんな文章上の欠点があるにしても、それは原本とは別に一つの科学的価値をもつ」とは、マルクス自身の言葉である。前掲書25頁参照)。——それゆえ、岡村は、フランス語版の『資本論・第1巻』を読んだ可能性も大きい。ただ、岡村はフランス法が専門であったが、平気で英語もドイツ語も使いこなして、

ことはなかったと思われる¹²³。マルクスは極めて鋭利な論理性でもって資本主義的生産様式の自己内発的変革の可能性を論証し、「資本主義的私的所有」から「労働の社会化」と「土地の共同占有」・「生産手段の共同占有」を媒介とした「高次の個人的所有」の生成を展望した。ただしマルクスは、その「展望」を、あくまで数百年ないし数千年単位の人類史的過程の中で位置づけたようにも思われる¹²⁴。資本主義は、自身の内包する社会的諸矛盾を糊塗するため、歴史上たまたま生み出されたロシア革命とソビエト社

ゝいたので、断定はしづらい。なおわが国で、マルクス『資本論』は、1919年（大正8年）の松浦要（訳）が部分的に出たあと（経済社出版部。第1巻の途中まで）、1927年（昭和2年）高島素之によって初めて完訳された（改造社）。ちなみにその後、長谷部文雄（訳）が1937年（昭和12年）に出ている（日本評論社。第1巻まで）。以上につき、久保誠二郎「日本における『資本論』像」日本の科学者2017年9月号「特集・『資本論』150年——その現代的意義と受容史」17頁参照。上記のことからも、岡村が、マルクス『資本論・第1巻』を少なくとも原書で読んだことが判明する。ちなみに久保は、わが国で『共産党宣言』が早くから発禁処分を受けた（1904年〔明治37年〕以降）のに比べ、その後の治安維持法下でも『資本論』の刊行がなされた事実（1937年の長谷部翻訳版）に注目している。そして、それが『資本論』の科学的普遍性の裏返しであることに注目している。久保・前掲17-18頁参照。むしろ久保にあって、『共産党宣言』に科学性がないというのではない。タイトルの語感が当局の検閲を強めたり弱めたりしたかも知れない。当時「伏せ字」は、著者及び出版社側が検閲を潜るため自主的に行ったものである。1937年の長谷部版『資本論』でも「伏せ字」があったとされる。久保・前掲19頁参照。かくて「伏せ字」の歴史は、わが国戦前の思想統制・言論出版弾圧のすさまじさを物語る暗黒史の一つであった。

123 『資本論』の第2巻は1885年（明治18年）に、第3巻は1894年（明治27年）に刊行されたので、可能性としてはドイツ留学中に岡村が読んだであろうことは否定できない（岡村はフランス法が専門であるが、ドイツにも留学している。熊谷・前掲「岡村司」〔前注2〕116頁参照）。

124 むろん当時のドイツ＝プロイセンの絶対主義的国家権力による実力行使（警察力・軍事力の人民抑圧のための動員）に直面して、マルクスは、労働者階級を基軸にした「強力的」な社会変革の可能性を閉ざすことはなかった。しかし、マルクスの思想を受け継いだエンゲルスが、「民主的共和制」を尊重し、議会政治（間接民主主義）を通じた社会変革の可能性への期待を表明していたことも忘れられない事実であった。エンゲルスの「民主的共和制」論については、本稿後注126を参照。

会主義による成果（8時間労働制や男女平等・夫婦対等・教育無償化と教育の機会均等などの社会保障政策）を巧妙に取り入れ、自己自身の延命を図ったからである¹²⁵。なかでも第二次世界大戦後、国際的な労働運動と人権運動・民主化運動・植民地の解放・民族独立等の展開・発展を踏まえ、資本主義は、「冷戦」のさなか社会主義によってかえって自己を鍛え上げ——かつまた「社会主義」を名乗る独裁的国家の逆説的支援をも受け——ますます助長しているかのようなのである。このような歴史的プロセスまで、マルクスは予見できなかったに違いない。こうして現代日本社会とく法との関

125 1917年10月のロシア革命は、ツァーリ専制遺制（同年2月革命後のケレンスキー政権でも解消されなかった）と「帝国主義戦争」（国家独占資本主義の下での植民地再分割を目的とした国際戦争）としての第一次世界大戦の惨禍が、植民地解放・民族独立・戦争継続の政権打倒（民主的講和と即時休戦）・地主制的土地支配の解体と農民の自立及び銀行等の金融資本からの支配を脱して、労働者人民による権力掌握等を旨とするレーニンの天才的指導力とあいまって、たまたまロシアで生み出された人類史初の社会主義革命であった（反対派による内乱とそれにつけ込んで行われた日本・アメリカ・イギリス・フランスによる干渉戦争に対するロシア革命政権の「正当防衛」行為の詳細は、ここでは省く。なお、日本のシベリア出兵については、本稿前編でも触れた。龍谷法学50巻1号〔2017年〕163頁注33参照）。レーニンは、資本主義社会によって訓練を受けた資本家との協力関係の形成を前提に、諸民族国家の自立・対等原則に基づく「連邦国家」さらに組織された勤労人民による「協同組合」的国家的構築を展望した。和田春樹「レーニン」（2017年）86頁及び96頁を参照。なおレーニンは、「遅れたロシア」であっても第一次世界大戦の渦中で「社会主義」への前進が可能であると主張したが、同時に実際の「革命」に直面するのはずっと先のことだろうと考えていた。和田春樹によれば「われわれ老人は生きてこの迫りくる革命の決戦を迎えられないだろう」というレーニンの言葉が紹介されている。和田・前掲書「レーニン」56頁参照。ちなみに、ロシア革命の歴史的成果として、資本主義社会に影響を与えた項目は数多い。人民平等、男女平等・夫婦対等、8時間労働制、教育の無償化、植民地解放と民族自決権の尊重など。すでに本稿前編でも、いくつか指摘した（龍谷法学50巻3号〔2017年〕注223。さらに注239-1に対応する本文参照）。なかでも1918年の「ロシア社会主義連邦ソビエト共和国憲法」17条に明記された教育の無償化（ただし「労働者と貧農」を対象にした「完全で全面的な無償の教育」）については、村山士郎「ロシア革命と教育改革」（1980年）92頁参照。

係をみると、社会主義を「市民社会」論及び「市民法学」の立場から再検討すべき必然性を、岡村司の作品そのものが示唆しているように思われる¹²⁶。いずれにせよ岡村は、明治「帝國憲法」下での民法上の「所有權」を批判的に論じ、マルクスから学び、同時に反発もした。岡村のマルクス理解は素朴さを免れなかったが、そのチャレンジ精神と実行力を彼自身の論文において「論証」したことは確かである。以下では、マルクスからヘンリー・ジョージへの視座の展開を辿ることにしたい。

126 岡村は——本稿本文で指摘したように——マルクスの革命論（局面次第では実力行使もやむをえないとする「革命論」）を嫌った。それゆえ岡村は、彼なりの「社会改良主義」を、その「所有權論」に引き寄せて構想した（ちなみに、本稿は「社会改良主義」の＜光と影＞の両側面に注視している。「国民」の側を向いたそれか、それとも「政治權力」の側を向いたそれか、区別している）。この点、本稿前注70も参照されたい。これに関連して、間接民主制＝議會制度を通じた「民主的共和制」を——社会主義社会実現の重要な前段階として、それどころか社会主義社会そのものにおいても——決定的に重視するエンゲルスの立論が、大きな意味をもつ。たとえば、エンゲルスは「1891年の社会民主党綱領草案の批判」全集22巻235頁以下、特に241頁で、以下のように述べている。——「もし、なにか確かなことがあるとすれば、それは、わが党と労働者階級とが支配權をにぎることができるのは、民主的共和制の形態のもとにおいてだけだ、ということである。この民主的共和制は、すでに偉大なフランス革命が示したように、プロレタリアートの執權のための特有な形態ですらある。（中略）ところで、共和制の要求をあからさまに綱領に含めることは（中略）〔ドイツでは〕法律上さしさわりがあるように思われる。（中略）だが、私の考えでは、ぜひとも〔綱領に〕いれなければならず、またいれることができるのは、全政治權力を人民代表機関〔「国会」〕の手に集中せよ、という要求である」（傍点・原書。亀甲括弧内・訳者。さらに〔 〕内のみ引用者）。ところで、岡村の時代には「帝國議會」の限界が大きかったが（本稿前注118参照）、現在の「日本国憲法」においては事情が異なる。国権の最高機関・国の唯一の立法機関としての「国会」（憲法41条）の機能（国民的議會主義）に基づく真の「民主的共和制」が、真の「市民社会」の必須の制度として確立し、市民法適合的な「社会政策立法」が生まれる可能性は閉ざされていないからである（ただしそのためには、少なくとも現行の衆議院小選挙区制度と政党助成金交付制度が可及的速やかに廃止されるべきであろう）。ともあれ、「帝國憲法」のもとで勇敢に「社会主義」を論じた岡村司に学ぶべきゆえんが、ここにもある、と言うべきである。

(う) ヘンリー・ジョージ

ヘンリー・ジョージ(岡村は「ヂョージ」と書いているが、本稿では「ジョージ」とする)は、1839年9月2日アメリカ合衆国フィラデルフィアで生まれた。家計貧窮のため14歳足らずで学業をやめ、給仕・水夫・植字工など、職を転々とした。1860年に一人前の印刷工となり、南北戦争が始まった1861年に結婚。二人の息子をもうけたものの、なお貧窮の底にあった。その当時、「社会問題に対する関心が次第に深まっていった」とされる¹²⁷。1869年、東部から西部に帰ってまもなく、ジョージはオークランドで通りがかりの御者から、1エーカーの土地に1000ドルという値がついているという話を聞いて、「問題の原因はここにあるのだという考えがひらめくのを感じた」という¹²⁸。そこでジョージは、土地問題を社会問題の根源として把握し、1871年に『わが土地および土地政策』を世に問うた。そしてその8年後、大作『進歩と貧困』を出版した。岡村司がジョージの『所有権と貧困』と言っているのは、これを指すものと考えられる¹²⁹。ジョージの「根本思想」は、「アメリカの伝統である自然法、神法思想」であり、また「アメリカの伝統である民主主義思想」である、とされる¹³⁰。ジョージは、この「根本思想」に立って「土地の共有によってのみあらゆる社会的弊害は除去され、神の意志、自然法に合致する真の共和国が建設される」と考えた。ジョージが「土地制度改革論者」と呼ばれるゆえんである¹³¹。彼は土地に重税を、建物に軽減税を、そして「労働と資本とへの課税である他のあらゆる租税の撤廃を主張した」という¹³²。そのことを捉え、岡村は、おそら

127 ヘンリー・ジョージの略歴と思想形成につき、ヘンリー・ジョージ(山崎義三郎・訳)『進歩と貧困』(1991年。原書初版は1879年)419頁以下の「訳者解説」を参照。

128 ジョージ『進歩と貧困』(前注127)420頁。

129 岡村・前掲書『民法と社会主義』(前注20)135頁参照。

130 ジョージ『進歩と貧困』(前注127)420頁。

131 ジョージ『進歩と貧困』(前注127)420頁。

132 ジョージ『進歩と貧困』(前注127)420頁。

く社会主義＝「土地国有化」の観点から、ヘンリー・ジョージを社会主義者として位置づけているようである¹³³。すでに紹介したようにジョージは、徹底した「民主主義」擁護の立場から土地課税政策を通じた土地の「共有」（ただちに「土地国有化」を目ざすものではない）を構想した。したがって厳密な意味で、ジョージは社会主義者ではない。したがって、彼を「土地国有論者」＝「社会主義者」として位置づける岡村の理解には、厳密には不適切な部分があることは否定できない。にもかかわらず、フランスのブルドン、ドイツのマルクスとならべて、アメリカのヘンリー・ジョージを自分の頭で理解しようと努めた岡村の学問的姿勢、及びその視点の世界的広がりには謙虚に学ぶべきものがあると考え¹³⁴。

ところで、岡村がヘンリー・ジョージ『進歩と貧困』で着目するのは、なかでもその「地代論」であった¹³⁵。すなわちジョージによれば、「地代

133 岡村・前掲書『民法と社会主義』（前注20）135頁参照。

134 末川博は、岡村の死にあたって「先生を弔う言葉に「君の民法は講ずるや、談論縦横、或いは東西先哲の学に出入し、或いは内外経綸の論を交へ、苟も成条の末に拘泥することなし（以下略）」とあったが、まさにその通りであった」と回想している。末川・前掲「法律学・わが師わが友」（前注22）8頁。熊谷・前掲「岡村司」（前注2）115頁は、この末川の引用文を、当時の京都帝大法学部長・佐々木惣一の言と推測している。ともあれ、岡村はフランス法学を専攻しながら、英語にもドイツ語にも堪能であったのであり、さらにインド・中国の諸思想・諸制度にも関心を広げていたとされている（熊谷・前掲119頁）。このことから、岡村が文字通り「東西先哲の学に出入し」ていた様子が窺われる。学問的探究心のあくなき現れというほかない。

135 岡村・前掲書『民法と社会主義』（前注20）135頁参照。ジョージ『進歩と貧困』（前注127）124頁以下に「地代と地代の法則」が論じられている。ちなみにヘンリー・ジョージがいう「進歩」とは、アメリカにおける「資本主義経済の発展」そのものを指すのではない。より広く「文明」の進歩という観点から「人類進歩の法則」を組上に載せたものである。ジョージ・前掲書351頁以下参照。なおジョージが、アダム・スミス説を引用して基本的に「労働価値説」の立場にたっていたことは、ジョージ・前掲書37頁以下の記述に示されている（彼は、アダム・スミスよりも徹底した「労働価値説」を提唱しようとしていたらしい。ジョージ・前掲書38頁参照。リカードについては、ジョージ前掲書25頁、126頁及び128頁に言及がある。とはいえジョージは、マルクスを読んでおらず、必然的に「労働

は他の一切の増價と同じく、自然と社會との力に成るものにして、個人の作出せるものに非ず、然るに個人が之を取得するは不當なり、故に之を名づけて不當の増價 (Unearned increment) と爲す」¹³⁶とされる。岡村は、

「働」と「労働力」の區別を知らなかったようである。

- 136 岡村・前掲書『民法と社會主義』(前注20) 135-136頁。なおヘンリー・ジョージは、リカードの地代論に注目している。すなわち「土地の地代は、その土地の生産物のうち等しい手段の充用が生産性最小の使用地から獲得できる生産物をこえる過剰分によって決定される」。ジョージ『進歩と貧困』(前注127) 126頁(いわゆる「リカードの地代の法則」)。リカードの地代論及び鉱山地代論については、リカード(小泉信三・訳)『経済学及び課税の原理(上)』(前注101) 56頁以下及び76頁以下参照。ちなみに上記リカード地代論は、マルクス地代論(差額地代論・絶対地代論)の基礎をなすものである。マルクスは、自己の「差額地代論」の冒頭を「リカードが次の諸命題で言っていることはまったく正しい」という文章から始めている。そしてリカード地代論はもっぱら「差額地代」を論じており、その限りでは全面的に正しいが、「差額地代」以外に地代が存在することをリカードは認識していなかった旨、述べている。マルクス『資本論・第3巻』全集25巻b第2分冊(前注51) 837頁。Vgl. Marx, Das Kapital, Dritter Band (Fn. 51), S. 662. マルクスによれば、資本主義的地代は特別剰余価値としての優良地への資本投下が生み出す利潤と最劣等地への資本投下をもたらす利潤との差額として登場する(資本家的借地者=農業資本家が農業労働者の「労働力」によって現実化する超過利潤の転化物としての「地代」=「差額地代」)。マルクスは詳細に「差額地代」の諸形態を研究した上で「絶対地代」にも研究の視野を広げている。マルクス・前掲961頁以下。Marx, Das Kapital, Dritter Band, S. 756 ff. 言い換えれば、「絶対地代」は、農地での資本家的経営において土地以外の不変資本(主に機械・設備等の固定資本や原材料資本)の割合が社会的に低いことから「最劣等地」でも生じうる。すなわち、農業の資本家的経営における「資本の有機構成」が社会的平均値より低域にとどまることから農地一般に妥当するところの、傾向的に生ずる「地代」を「絶対地代」という。たとえば、一方で農業資本家が同時に土地所有者であり、彼が賃貸人=地主である場合には、借地人から「絶対地代」を取得する。他方、農業資本家自身が借地者である場合には、その借地経営から取得した超過利潤を「絶対地代」として地主に支払う。そしてマルクスは、「この絶対地代は本来の採取産業(die eigentliche extraktive Industrie)ではいっそう重要な役割を演ずる」と述べ、これに関するリカードの態度が「極めてぞんざい」(außerordentlich oberflächlich)であると批判している。マルクス・前掲990頁。Marx, Das Kapital, Dritter Band, S. 780 Fn. 37. なお、鈴木鴻一郎「『資本論』と『剰余価値學說史』における地代理論——絶対地代と差額地代の性格をめぐる」鈴木

この「不当な増價」たる「地代」が「社會の作出する」ものであり、「今日労働者困窮の唯一の原因は、土地の個人所有に在り」と述べ、もって「労働者に職業を失はしむるものは、土地の所有者なり。是れ豈社會の公敵に非ずや」と非難する¹³⁷。それゆえ岡村は、「社會の害惡」の根源たる「土地の個人所有」を廃止せよとするヘンリー・ジョージの主張に賛同する¹³⁸。ただしジョージは、土地所有権の廃止を「公用徴収」によるのではない。そうではなく、土地所有者が死亡した時以降に「重税」を課すことで対処しようとした。すなわち、「地主には所有者の空名を存して、土地の収入は悉く之を國家に收む。此の如くせば、國家の豫算は都市及地方の地主が支拂ふ所の單一税に依りて成立し、必要品の代價を昂上する消費物税入市税關税は一切之を廢することを得ん」とした¹³⁹。本稿において

ゝ木【地代論争】(1953年) 243-268頁も参照。

137 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）137頁。

138 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）138頁。ヘンリー・ジョージは「富の不平等」の根源としての「土地私有財産制度」を廃止し、よって「われわれは土地を共有財産にしなければならぬ」という政策を「眞の救済策」と言っている。ジョージ『進歩と貧困』（前注127）242頁。

139 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）138-139頁。ヘンリー・ジョージによれば、「課税原則」による救済策の応用の試みが提案されている。なかでもジョージは「富者の遺言と遺贈への租税」を含め、広く「地価に課せられる租税」の「容易さ」・「確實性」・「公平性」に着目している。ジョージ『進歩と貧困』（前注127）303-312頁参照。このような提案には、ヘンリー・ジョージも認めるように賛否両論ありうる。ジョージ・前掲書313頁以下参照。しかも、彼がマルクスを読まなかったことに示されているように、現代的貧困、労働者・勤労市民・農民等の窮乏の原因がもっぱら「土地の個人的所有」制度に求められ、たとえば今日、機械・器具の改良やIT・ロボット生産等の拡大に伴う相対的剰余価値の増加による労働条件の悪化・賃金の低下・失業の危機の悪循環さらに非正規雇用の蔓延・安価な外国人労働力の導入による剥き出しの搾取＝絶対的剰余価値の増加あるいはTPPの実施に伴う無制約な自由貿易政策の拡張など——生産関係・生産過程の社会化・労働の社会化及び国際化に反比例する私的な取得の増大（剰余価値取得の無限な拡大）がもたらすところの——資本主義的生産様式の基本的矛盾に目が向けられていなかったことは、やはり重大な問題であったように思われる（さしあたり社会経済制度の変革はこれを措くとしても、

は、ヘンリー・ジョージの所有権論は、以上でとどめておきたい。

それでは岡村自身の所有権論はどうか。それを以下、彼の「社会主義論」との関係で——可能な限り簡潔に——整理しておく。

〔8〕岡村司の所有権論

岡村は、『民法と社会主義』の所有権論の「結論」で自説を論じている¹⁴⁰。要するに岡村の所有権論は「人性」説であるところ、この「結論」では彼なりの「社会連帯説」を提唱している。そして、それを「経世實用の學を講ずる者の任務」¹⁴¹として説明する。ここでは、その所説をやや敷衍しておこう。すなわちまず岡村は、先にみた「社会主義論者は、皆窮民の運命を改善することを以て其の目的と為すものにして、其の高潔義烈の精神は眞に敬仰すべし」と言うべきである。しかしながら「其の議論に至りては、徒に巧妙架空に失して、未だ直に之を實行すること能はず」という¹⁴²。ならば「吾人は現在の自由制度に満足すべきか」と問い、「曰く否」という答えが返ってくる¹⁴³。なぜなら、今日の自由制度が「幾多の缺陷」を含んでおり、「貧民悲痛の叫聲を聞くこと益大なるときは、必ず何等か

ゝ少なくとも一定規模以上の大資本企業への法人税対策・内部留保への課税対策は、「地価に課せられる租税」とならんで必須の政策課題であろう)。もしかすると、岡村もヘンリー・ジョージと同様の問題を抱えていたのではないか。これについては、後述するところを参照。ちなみに引用文中、「消費物税」・「入市税」・「關税」が「必要品の代価」を「昂上」させること、言うまでもない。

140 岡村・前掲書『民法と社会主義』（前注20）139-144頁参照。

141 岡村・前掲書『民法と社会主義』（前注20）144頁。

142 岡村・前掲書『民法と社会主義』（前注20）139頁。ちなみに、マルクスは大学出身者であったが「法学部生」であり「経済学部生」ではなく、しかもプロイセン国家によってアカデミズムから放逐され、国外追放処分に処せられ、フランスを経由してイギリスに渡った。貧窮生活の中、息子を死なせても葬儀を行えない状況下でマルクスは、独学で経済学を研究し『資本論』・『剰余価値学説史』を書き上げた。またブルードンもヘンリー・ジョージもろくに学校教育を受けないまま、若くして自活し、職を転々としながら、独学で経済学・政治学・哲学を修めた。マルクス、ブルードン、ヘンリー・ジョージに共通するのは、「貧窮」と「独学」であり、かつまた「貧困のなかの研究」であった。

143 岡村・前掲書『民法と社会主義』（前注20）139頁。

の方法を求めて之を更革」する必要に迫られざるをえないからである¹⁴⁴。そこで、岡村の立場から脚光を浴びるのが「社會連帶説」であった。すなわち「團體生存は人生の必要條件」であって、「團體員」たる諸個人は「分業、協力、相頼り相助けて以て生活す」、つまりは「社會連帶説の眞理なることを認めざるを得ず」¹⁴⁵。だとすると「團體は個人の本性を無視して恣に其の生命財産を剥奪するを得べきか」。しかし「是れ亦然らず」という¹⁴⁶。それはなぜか。岡村によれば、その「社會連帶説」における「團體」は、単なる諸個人の＜融合体＞ではなかつたからである。すなわち「團體生存は個人の本性に基づく。個人の本性を保全するは、即ち團體生存を保全する所以なり」¹⁴⁷。こうして岡村は、「團體」の前に「個人」を置く。それはなぜか。いわく「個人に自然の權利ありと言ふ所以なり」¹⁴⁸。こうして一見したところ、牧野英一流の「社會連帶説」・「團體尊重論」に共通するかに見える岡村の態度は、それとは決定的に異なっている。「人間本性」あつての「團體」であり、「個人の自然權」＝「天賦人權」あつての「團體」であつた。その「社會連帶説」も「團體員」たる諸個人が「分業、協力、相頼り相助けて以て生活す」ることによって初めて實現可能なスローガンであつた。天賦人權をもつ諸個人の＜協働＞、ないしアソシアシオンあつての「社會連帶説」であつた。しかし、残念ながら岡村の所説には、それ以上に個人の市民的自立・自律の観点は出てこない。むしろどちらかと言えば、結論的にはやはり「團體生存」優位の発想であつた。だから「個人の權利の範圍は團體生存の必要に依りて之を限劃すべ（きである）」¹⁴⁹（傍点及び括弧内・引用者）と言う。そこにあるのは、どちらかと言えば単純

144 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）139頁。

145 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）140頁。

146 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）141頁。

147 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）141頁。

148 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）141頁。

149 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）142頁。

な「團體」と「個人」の＜調和論＞であり、＜相互依存＞であったことは否定できない¹⁵⁰。ここに当時の岡村の限界を見ることは比較的容易である。しかしながら、同時に私たちは、岡村による「個人の自然権」＝「天賦人權の思想」の新鮮さに驚くのである¹⁵¹。そのような視点から、次の岡村の見解を解説する必要があるのではないか。——「余輩を以て之を見るに、今日の弊を救ふものは、頗る國有財産の範圍を擴張して其の利益を一般に霑被し、嚴に財産の不正取得を禁じ、成るべく財産の集中を妨げ、財産を細分すべき制度を設けると同時に、上流社會に警告して利己奢靡を戒め、細民の救護に盡力せしめ、勞働社會に訓戒して勤儉貯蓄の良習を養成し、自己の資本に依り獨立し、若くは協力して勞働することを得しむるに在り。余輩は之を措きて他に良策あることを見ず。一頓に個人所有權を廢するが如きは、未だ其の可なるを知らざるなり」¹⁵²。こうして岡村は、ある種「社会改良主義」に通じる「社會連帶説」を説きながら、かつまた「個人所有權」の弊害も十分知悉しながら、なお「個人所有權」を維持せしめようとした。つまり「個人所有權を廢するが如きは、未だ其の可なるを知らざるなり」と述べた。そこにわれわれは、岡村の学問的な懐の深さを感じとらないわけにはいかない（同時に、マルクスの「私的所有」批判と、より高次な「個人的所有」への史的展開論の思考の奥深さに思いを致さざるをえない）。こうして「フランス革命の成果を高く評価」¹⁵³した岡村の胸にあっては、「自由 (Liberté) ・ 平等 (Égalité) ・ 友愛 (Fraternité)」のスローガンと彼の「社會連帶説」は、思想的・理論的に緊密な連携 (アソシアシオン) を成すものとして構想さ

150 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注10）142頁参照。

151 岡村が所有權論を展開し、「勞働説」・「人性説」に共感を示し、天賦人權の思想を強調したのが、明治期自由民権運動の解体後のことであったことに十分留意したい。

152 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）143頁。なお、ここで岡村が「自己の資本に依り獨立し」と述べるとき、「資本」は「元手」くらいの意味であつたろうと思われる。

153 熊谷「岡村司」（前注2）123頁。

れていたように思われる。だからこそ岡村司は、「個人主義から社会連帯主義へ」・「個人本位から団体本位へ」の波には乗らなかったのである¹⁵⁴。個人の「自律」と他の諸個人との「相互愛」のうちに鍛え抜かれた「社会連帯説」。これこそが、岡村の目ざすものであったに違いない。彼の「個人的所有権」の維持論も、岡村の「經世實用の學を講ずる者」としての「任務」の一つであったように思われる¹⁵⁵。それは、けっして、その場しのぎの＜弁明論の帰結＞ではなかった¹⁵⁶。

154 たとえば1891年（明治24年）の「国家的民法」という論稿で、穂積八束（1860-1912年）は、当時の社会的富の偏在を批判しながら、その観点をいとも簡単に「個人本位から社会本位の民法へ」と直結させ、天皇制政治支配下での温情主義的な「国家的民法」を構想した（旧民法を批判するために展開された民法典論争における「延期派」としての主張）。星野通「民法典論争資料集（復刻増補版）」（2013年。原書初出は1969年）81頁以下参照。これについては本稿前編でも触れた（龍谷法学49巻4号〔2017年〕78-79頁）。この八束的「国家的民法」論は、その後牧野英一らに特有な「個人主義から社会連帯主義へ」の流れの徹底した先駆形態であった。ちなみに、熊谷・前掲書「岡村司」（前注2）122-123頁も、八束「国家的民法」のスタンスと岡村司のそれとの相違・対立に注目している。そして、熊谷の視点は、岡村における個人と「家」・「共同体」との緊張関係の解明に向けられている。したがって熊谷の問題意識は、おのずと岡村家族法論（「親族法」・「相続法」論）の独自性・先進性へと連結していく。この点、本稿でも後ほど触れる（本稿・岡村司「家族法」の項を参照）。

155 なお、「經世實用の學を講ずる者」としての「任務」につき、本稿前注141に対応する本文所掲箇所も参照されたい。

156 それゆえ岡村は、当時において可能な限り、窮民保護・労働者及び小作農保護のための社会政策的立法の構築・実現に期待をかけたのである。彼は、けっして短絡的な「個人所有権」の擁護論には向かわなかった。彼は「個人的所有権」の現実的機能を——その社会的弊害と同時に——リアルに直視し、重視した。その点に照らせば、「所有権が個人的絶対的權利に非ずして社會的雙對的權利なり」という観点（岡村・前掲書「民法と社會主義」〔前注20〕140頁）は、岡村「所有権論」の将来的ビジョンであり、いわば理想であった、と言えよう。ただし、さしあたり「動産」所有権と「不動産（なかでも土地）」所有権の違いには留意しておきたい。たとえば「土地」所有権の社会性は、「相隣関係規定」をはじめとして、社会公共目的での「公用徴収」問題でも、都市問題、景観問題、宅地問題、地域保全・開発問題、「人口」問題等でも無視できない。わが国では、1990年前後の「土地バブル」問題として象徴的に問われたテーマでもある。➤

ともあれ、以下では岡村司の「労働契約論」に目を転じ、岡村財産法学のもう一つの側面に光をあててみることにしたい。

< ii > 「労働契約論」

上記「所有権論」と並んで、岡村司には、独特な今一つの財産法学の基軸がある。それが「労働契約論」であった。それでは、その「労働契約論」¹⁵⁷は、いかなる内容と意義をもつものであったか。明治末期、岡村が民法上の「雇用契約」とは別に「労働契約」を問題にしたのはなぜか。このような点に留意して、以下、岡村の論文を考察したい。

〔α〕「労働契約」に関する岡村司の基本的問題意識

岡村司は——すでに指摘したように——フランス革命に感激し、かつま

ゝさらに、土地税制・不動産相続税制のあり方も——ヘンリー・ジョージ的な配慮をいかに施すかという問題は暫く措くとして——「土地」所有権の社会性と一体不可分の問題、と言うべきであろう。これは近時、土地所有者死亡を原因とする「相続」がらみの「土地所有権の放棄問題」（場合によっては「空き家問題」）などともかわりをもつ。なお、上記につき、参考文献の所在を含め、早稲田大学大学院法務研究科・吉田克己教授から懇切な情報提供を賜った。記して感謝の意を表したい（上記諸問題に関する筆者〔川角〕自身の見解については、本稿統編での考察を含め、別途追求するほかない）。

- 157 岡村・前掲書『民法と社会主義』（前注20）145-272頁。この岡村「労働契約論」は、1908年（明治41年）に京都法学会雑誌に5回にわたって連載されたが、未完のままであった。その理由は不明である。おそらく彼は、親族法・相続法の研究に力を割きつつ、各地での講演活動にも多忙をきわめていたように推測される。なにしろ当時、岡村のような進歩的な民法学者・家族法学者は他には存在しなかったからである。信念の人・行動の人たる岡村司が、なかば「引っ張りだこ」になって講演啓蒙活動に没頭していた可能性がある。そのため彼は、「労働契約論」に手が回らなくなり、結局完成に至らなかったのかも知れない。ちなみに1911年（明治44年）7月に、岡村は岐阜県教育会主催の講演会で「家族法（戸主権制度など）」をテーマに講演し、その内容を文科省から咎められて「譴責処分」に付された。その文部省の不当な介入によって、岡村が京都帝大教授を辞職することに追い込まれたという側面は否定できない。「朕の官吏養成の手伝いはまっぱら御免」という彼の職業への鬱屈（天皇の下僕たる公務員としての帝国大学教授の職への懷疑と鬱積）もそれに拍車をかけたのだらう（体調不良を理由とする依頼退職〔1914年〔大正3年〕3月〕であったが、岡村が「学問の自由」もない学界に嫌気がさしたのもうなずけるところである）。

た「フランス革命の成果を高く評価」していた。にもかかわらずフランス民法上の雇用契約の規定は、岡村によって、フランス革命に独特な「市民的性格」による後進性が刻印されているものとされた。だからそれは、厳しく批判的に受けとめられた。その批判的観点から、岡村は、自身の労働契約論を開始している。彼はまず、ナポレオン（1769-1821年）が主導したフランス民法典では、雇主の権利を擁護し労働者の権利を軽視する姿勢が如実に示されている、と述べる。すなわち言う。——「ナポレオンが民法を編纂せるの時に當りて、固より労働者なかりしには非ざるなり。即ち職工雇主の關係なかりしには非ざるなり。而も民法の之を規定するや、僅かに一二條に止まり、且専ら雇主の利益の爲にせり。立法者の眼中労働者なかりしことを證すべし。而して曰く、是れ誠に民主國の法制なりと。今夫れ國民中の大多數なる労働者の利益を遺外して、而して民主國の法制なりと謂ふは、頗る怪しむべきに非ずや。蓋し當時王權を擊倒し貴族僧侶の輩を驅逐し、代はりて政權を握有せる者は、第三階級たる市民の族類たりしかば、ナポレオンは之に媚びて専ら其の利益を擁護するを以て急と爲して、第四階級に属する多數凡民の如きは誠に人數中に在らざしなり。當時の思想に於て、貴族なきの處即ち民主國にして、多數凡民あることは民主國の要素に非ざりしなり」¹⁵⁸。したがって、フランス民法典では、革命後の民法1780条で「何人も一定の時間若くは工事に對するに非ざれば其の勞務を約束することを得ず」と規定して、もっぱら「人の終身の自由の拘束」、言い換えれば「人身の売買」を禁じる規定にとどまった（要するに所定の時間労働のみ拘束される点で一步前進をみたのみ）、と批判する¹⁵⁹。さらに民法1781条では、「雇人及職工の給料額、前年度の給料の支払及本年度の内拂

158 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）146頁。ここで岡村は、本来「民主國」とは多數者・勤勞市民（それを岡村は「多數凡民」と言っている）のための利益を図る国をいうはずなのに、フランスでは「貴族なきの處即ち民主國」と矮小化されていると、手厳しい。

159 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）148頁。

に關しては主人の言に信憑す」と規定して、労働契約の基本的・対価的給付たる「給料」（賃金）に関する契約内容を「主人」（使用者）の証言で決定する仕組みが採用されていた、と非難している¹⁶⁰。これは「労働者を蔑視し、猜疑し、裁判上主張する所あることを許さず、専ら主人の片言に聽きて争を斷ぜんとするもの」にほかならないから、であった¹⁶¹。結局、1781条は1868年の改正で削除され、今日に至っている¹⁶²。ちなみにフランス民法1780条は、1890年12月27日の改正で「期間を定めざる勞務の賃貸借は常に當事者一方の意思に因りて解除するを得ること、此の場合に於ては解除を爲したる當事者に損害賠償の責あること、賠償額は慣習、勞務の性質、經過せる時間、給料の留保額、退隠料の拂込額、其の他損害の存在及範圍を證明すべき有らゆる事情を審案して之を定むべきこと、當事者は豫め損害賠償の要求權を拋棄することを得ざること、之に關する訴訟は速決事件として裁判せらるべきことの規定を附加せり」と修正された¹⁶³。このようにフランス民法が「雇用」を「勞務の賃貸借」として「雇人及び職工」と「主人」との關係で捉えていることとの対比で、岡村はドイツ民法の雇用規定の進歩的性格を評価している。すなわちドイツ民法は、「勞務の賃貸借と云ふ語を排斥し、労働契約を以て一個獨立の契約と爲せり。又た結約者間に尊卑の辯を設けずして全く對等と爲し、主人、親方、僕婢、職工等

160 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）149頁。

161 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）149-150頁。したがって岡村によれば、フランス民法1781条は「労働者を奴隷視するの精神」から出たものと断罪されている。

162 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）151頁参照。なおDalloz, Code Civil, 2017, P. 2317では“Art. 1781 Abrogé par L. 2 août 1868.”と記されている。

163 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）151頁。現行フランス民法典でも、この1890年改正規定が存続している。Dalloz, Code Civil, 2017, P. 2316-2317。ちなみにフランス民法が、雇用も「勞務の賃貸借」（le Louage de service）として、ローマ法的locatio conductio operarumの痕跡を引きずっていることは、フランス民法の＜限界＞の一つとしての「ローマ訴権法痕跡主義」のパリエーションとして意味をもとう。

の語を廢して、代ふるに勞務權利者及び勞務義務者の語を以てせり。職工雇人等の手腕的勞働と教師醫師辯護士等の智力的勞働との間に何等の區別を認めずして、均しく勞働契約の目的たることを得るものと爲し、賃銀謝儀等の名稱を廢して、一併に報酬の二字を以て之に充てたり」¹⁶⁴。ところが岡村は、一見進歩的とも見えるドイツ民法規定にも大きな限界がある、とする。なかでも「職業的危険」の明文規定が置かれなかったことを批判的に指摘している。ただしドイツでは、それは「勞働者強制保險制度」として特別立法による勞働者保護に結実した。よって「獨逸に於ける勞働者保護の制度は、頗る整備して爾餘諸國の遠く及ばざる所となり」と賞賛の辭を述べている¹⁶⁵。これをモデルに、ヨーロッパでは勞働者保護立法が様々な形で模索された、という¹⁶⁶。その原因＝起動因は何であつたか。それを岡村は（１）「個人主義の餘弊」及び（２）「社會主義の亢進」の二点に求めている¹⁶⁷。それでは（１）「個人主義の餘弊」とは何か。岡村によれば、市民革命によって封建的徒弟制度の拘束は解消したものの、今や「個人自由主義」のもとでの競争社会・実力主義が横行し、一般に雇主たる「市民」はその先行者として数千人を使用する資本家として自由を謳歌している。そして、それに使役される勞働者、老幼、病弱者等はその競争から落ちこぼれざるをえない構造ができあがつた。ほんらい「自由制度の標榜する所は、萬人をして平等の自由を享有せしむる」ことにあつたはずなのに、かえって政治は「經濟上の不平等を招致」している¹⁶⁸。ここにこそ「個人

164 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）152-153頁。なお「勞務權利者」Dienstberechtigterとは雇用者＝使用者を指す。また「勞務義務者」Dienstverpflichteterとは勞働者＝被雇用者を指す。その他岡村は、ギールケ（1841-1921年）の名を挙げてはいないが、いわゆる「安全配慮義務」規定（ドイツ民法617条・同618条）の先進的性格にも言及している。岡村・前掲書153頁。

165 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）154頁。

166 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）157頁。

167 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）157頁。

168 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）158-161頁参照。

主義の餘弊」がある、という。さらに（２）「社會主義の亢進」とは何か。むろん、当時は社会改良的自由主義や無政府主義も社会主義と呼ばれていた¹⁶⁹。ここで岡村は——マルクスの社会主義も知っていたわけであるが（本稿前述参照）——岡村独自の「社會主義」を指定している。すなわち「社會の秩序を重じ、社會の公益を計るものも亦、社會主義者なりと爲さば、世の學者爲政治家苟も經国済民の學術に従事する者、誰か社會主義の徒に非ざる者ぞ。其の是非を問はず、其の曲直を斷ぜず、社會主義と言へば直ちに之を蛇蝎視するは、妄り非ざれば愚なり」¹⁷⁰。この岡村の「社會主義論」は、現在の目からみれば、かなり単純素朴であるが、当時としては随分と勇氣のいる発言であつた（すでに1900年〔明治33年〕には、労働運動そのものを押さえ込むために「治安警察法」が制定されていたことを想起するだけでも、その「勇氣」の程がわかるであろう）。こうして岡村は、「社會の秩序」は重視すべきであるとするのだが、あくまで彼は資本家の「個人的自由」を制限して、労働者・貧者・弱者・国民大衆のために「社會主義」を亢進せしめようとする。だから「勇氣」なくして言える言葉ではないのである。また岡村の「公益」は、いわゆる「国益」とも異なる。彼のいう社会主義者の目指すべき「公益」とは、なるほど幾分「個人の權利を制限」する機能も営む。しかし、それは同時に「強者が法律上の權利に憑據して其の利己を逞うし弱者を蹂躪するは、社會の公益に反す」¹⁷¹という論旨と結びつくべきものであつた。労働者保護・弱者保護・貧者保護こそ「公益」に資することであつた。その意味で岡村は、「公益」と「社會連帶」とを表裏一体のものとして位置づけている¹⁷²。むろん岡村は、その論文で「社會主義」の立場から「労働契約」を論ずると明記しているわけではない。ただし、少なくとも労働者

169 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）162頁参照。

170 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）163-164頁。

171 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）166頁。

172 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）166頁。

保護立法促進の「起動因」であった二つのファクター、すなわち（１）「個人主義の餘弊」と（２）「社會主義の亢進」の両方を念頭に置いて「労働契約」を論じたことは、確かであると思われる。このような観点からする「労働契約論」は、わが国で最初の試みではあったろう。以下、そのような特質（「二つのファクター」）に規定された岡村「労働契約論」の特徴をさぐってみたい。

〔β〕岡村「労働契約論」の特徴

（あ）岡村による「労働契約」の定義づけ

まず岡村は「労働契約」の定義づけを試みる。現在、委任・請負を含めて「勞務供給型契約」という類型化¹⁷³がなされるところ、当時としては斬新な「労働契約」の意義が再確認される必要があるからである（ちなみに、わが国固有の「労働契約法」は、2007年に初めて制定された¹⁷⁴）。岡村は、彼の論稿でフランス法、ベルギー法等を詳しく分析し、その定義づけを試みているが、結論としてこう言っている。——「労働契約は、或る人が他人の爲に

173 末弘徹太郎『債権各論』（1918年〔大正7年〕）653頁以下の記述が、その嚆矢であろう。戦後は、広中俊雄『債権各論講義・第6版』（1994年）243頁以下が、それを代表する。

174 西谷敏＝野田進＝和田肇（編）『コンメンタール労働基準法・労働契約法』（2012年）310頁参照。なお土田道夫『労働契約法・第2版』（2016年）「第2版はしがき」を読むと、2012年労働契約法改正による「有期労働契約法制」の導入、2014年パートタイム労働法の改正、2015年労働者派遣法の改正、さらには2016年「働き方改革実現会議」発足による「長時間労働の是正」や「同一労働同一賃金の原則」等の導入に関する「新たな段階」の様相が示されている。このうち、「働き方改革実現」を巡る厚生労働省の杜撰で誤謬に満ちた統計報告書が、2018年2月の通常国会における安倍首相の答弁でそのまま使われたことなど、国民の知る権利・国民の労働基本権等に関わる重大な「事件」として記憶に新しい。このような政治行政一体の無責任体制の下で、いかなる「働き方改革」が、真に労働者保護のために「実現」されうるのか、きわめて疑わしい。この点、「働き方改革・労働者保護に焦点絞れ」と題された朝日新聞「社説」は重要である。2018年4月7日「朝日新聞」社説覧参照。ちなみに、1ヶ月残業100時間の過労死ラインすれすれの「長時間残業合法化」を含む「働き方改革法」は、2018年6月28日に国会を通過し、立法化された。

労働し、他人が之に或る標準に依りて算出せる賃金を給する契約にして、使用者と被用者との間多少永續的關係あることを要し、被用者が自宅に於て労働し、仕事の結果に對して報酬を受け、材料を供出することあるも、苟も労働其のものに着眼して契約したるときは、總て労働契約ありと為すものなり」¹⁷⁵。

(い) 岡村による「労働契約」の性質規定

次に岡村は、「労働契約」の法的性質を論ずる。先の(あ)の箇所及び本稿前注175で確認したように、岡村による「労働契約」の定義づけ自体、労働者と使用者との対等平等な「合意」＝「意思合致」(勞務提供意思と対価的な賃金支払い意思の合致)に重点が置かれていた。したがって、おのずと「労働契約」における「雙務性」・「有償性」・「諾成性」が指摘される¹⁷⁶。

175 岡村・前掲書『民法と社會主義』(前注20) 185頁。そこで岡村は、フランス法的な「労働契約」論を採用している。対するに、ベルギー法は「労働は業主の權威指揮監視の下に為さるゝことを要す」と規定しているところ(岡村・前掲書175頁)、岡村はこのベルギー法の態度を「狹隘に失する」と斥けている(岡村・前掲書185頁)。あくまで「労働契約」締結の意思でもって対等に労働関係に入った労働者を主眼に置いている。そして岡村は、たとえ「自宅」で仕事をする場合であっても、「労働」に従事しており、「労働契約」を履行している、と捉えている。この岡村の発想は、当時きわめて斬新なものであったろう。労働契約のためにする現代型勤務形態を先取りするものであったとも言えよう。なお、文言形式から言えば、岡村による「労働契約」の定義は、日本民法623条、独逸民法611条の「雇用契約」の定義規定とほぼ同様であるが、岡村は自宅での労働を含め「勤務形態の自由」を視野に入れた上で、労働者の勞務提供の意思とそれに対する使用者(資本金家)の賃金支払い義務履行の意思の合致に「労働契約」の基本的性格を見て取ろうとする。そのような岡村の姿勢は、通常の「雇用契約」と質の異なる側面を有していたようである。この点は、本稿でのちほど確認する事柄(勞使の実質的対等性の確保と「契約」意思の重視とその保護)と関連する。

176 岡村・前掲書『民法と社會主義』(前注20) 186頁参照。さしあたり本稿前編(龍谷法学50巻1号〔2017年〕149頁注6)で示した「女工」の雇用契約における諾成性と有償性の欠落を想起されたい。なお、細井和喜蔵『女工哀史』(1925年〔大正14年〕初出)で描かれた「女工契約」において、就業規則がすでに契約条項の一つとして印刷済みの契約書に明記されていたことについては、唐津博「就ノ

その限りでは、民法上の「雇用契約」の法的性質と変わらない。今でも労働契約と雇用契約の相互関係は問題とされるところ¹⁷⁷、岡村は独自に「労働契約」と「雇傭契約」の違いを指摘している¹⁷⁸。その際、同時に「請負

ㄨ 業規則の法的性質」角田邦重＝毛塚勝利＝浅倉むつ子（編）『労働法の争点・第3版』（2004年）17頁にも記述がある。なお、拙稿「法社会学論争」の教訓（二）」龍谷法学50巻1号（2017年）148-149頁注6も参照されたい。

- 177 さしあたり、我妻栄（1897-1973年）の「近代法における個人の自由な人格の尊重」という「思想」ないし「理想」と「従属労働」という現実的労働契約との二元論的把握が、まず出発点となろう。我妻『債権各論・中巻二（民法講義V3）』（1962年）533—534頁参照。これに対して幾代通（1923-1991年）が「雇傭契約におけるとはちがった意味での労働契約における従属性という概念を立てることは、実用法学上はどれほどの実益があるものであろうか」と問題提起している。幾代「序説——雇傭・請負・委任・寄託」幾代通＝広中俊雄（編）『新版注釈民法（16）債権（7）雇傭・請負・委任・寄託』§§623～666（1989年）12頁。以上については、すでに本稿前編（龍谷法学50巻2号〔2017年〕125頁注43）でも触れた。なおわが国では、2007年に「労働契約法」が制定されている。その1条では、「労働者及び使用者の自主的な交渉」のもとで「労働契約が合意により成立し、又は変更される」と謳い、もって「労働者の保護」と「個別の労働関係の安定」に資することを目的としている。しかしこれは、定型化された労働契約書に基づく「自主的な交渉」と「合意」認定の可能性を排除したものではない。さらに2017年の民法（債権法）改正で「定型約款」（548条の2以下）が新たに規定されたことを念頭におくならば、労働契約法の「目的」が実際にどれほど達成可能であるか、いよいよ疑わしい。ちなみに労働契約法2条の「労働者」と「使用者」の定義が、ほぼ民法623条の言い換えになっていることも先に示した本稿前編同箇所でも指摘しておいた。なお「労働契約法」制定・施行前のものであるが、労働法学プロパーの「雇傭契約・労働契約論」として、とりあえず本多淳亮『労働契約・就業規則論』（1981年）1-8頁参照。そこでは雇傭契約における「使用者の指揮命令権への労働者の服属」（「使用従属関係」）が、請負契約・委任契約との対比においてのみ形式的な意義をもつにすぎないこと（本多2頁）。よって「市民法」としての雇傭契約は、「しよせん」独立対等者間の自由平等の契約に位置づけられること（本多6頁）。対するに「労働法上の労働契約は、雇傭契約が法的視野からはずした従属労働の概念を、法的構成と法原理の中に定置し、その座標軸とするもの」であること（本多7頁）、が述べられている。ここで前提とされている抽象的な「市民法原理」と生存権を基軸とした「労働法原理」の差異化は、本稿が今後立ち向かうべき重要な論題の一つとなる。

- 178 岡村は1906年のフランス「労働契約法草案」を基軸にスイス民法草案1369ノ

契約」との関係にも留意している。すなわち当時、そもそも「労働契約」は大工場制の下での「職工契約」に適用され、「雇傭契約」は奴婢・女中などの「家内契約」に適用される点で区別されるという見解があった¹⁷⁹。しかるに、岡村はそれを「通俗の見解」として端的に斥ける¹⁸⁰。岡村は、むしろ「労働評價の方法」に注目する。したがって一見「仕事の結果」が重視される「請負契約」に近い労務供給形態であっても、それをも「労働評價の方法」に則り「労働契約」に広く含める¹⁸¹。また「仕事の結果」ではなく、「或る期間他人の爲に労働」というプロセスが実体的に認定される限り、「藝妓」や「按摩」・「立ん坊」なども「労働契約」の主体たりうる、とする（したがって「仕事の完成」がなくても報酬請求権が発生する）¹⁸²。

ゝ条に注目している。そして彼は、両者を統合しようとする。岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）187頁及び189-190頁参照。なお岡村が「労働の不定時間に對して賃金を與ふるものなりとせば労働契約なり」（岡村・前掲書190頁）という論旨は、スイス債務法319条にそのまま規定されている。執筆当時（1907年から1908年の時期）、岡村はスイス民法草案1369条を参照しているが、「雇傭契約」自体は早くからスイス債務法に規定されていた。おそらく1907年のスイス民法制定直前の一時期、債務法の民法への包含が図られ「草案1369条」が議論されたと思われる。結果的には、スイス債務法は独自に維持された。ちなみにスイス債務法は、スイス民法よりも早く、1883年から連邦法として施行されている（この点、半田吉信「スイス債務法総則編の改正（1）」駿河台法学28巻1号〔2014年〕13頁以下、特に16-17頁参照）。1907年制定のスイス民法を受けて1911年に改正され、1937年にも大きく改正された。筆者（川角）が参照したのは、1937年改正版の「スイス債務法」の翻訳（司法省調査部・訳〔1939年〔昭和14年〕〕128-129頁）である。なお、すでにスイス債務法では、「統一就業規則」（321条）及び「労働協約」（322条・323条）が規定されていた（司法省調査部・訳129頁）。

179 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）187頁参照。このような発想は、本稿前編（龍谷法学50巻2号122頁以下）で示した末川博のゲルマン法的ギルケの「雇傭契約論」にきわめて類似している。末川は、「雇傭契約」を主従的契約・忠勤契約であり、かつ親族的契約であると規定している（龍谷法学50巻2号131-132頁及び137頁参照）。

180 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）187頁参照。

181 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）188頁参照。

182 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）189-190頁参照。

（う）岡村による「労働契約成立」要件論

そもそも「契約」が法律行為である限り、その一般的成立要件（①当事者の意思表示によること、②申込みと承諾の意思合致あること、③行為能力が認定されること、④公序良俗に違反しないこと）をクリアすべきこと、当然である。かてて加えて、岡村は「或る當事者の能力」（彼は単に「能力」とも言っている）・「工場規則」・「集合契約」を、「労働契約」の成立要件として組み入れている¹⁸³。ここに岡村「労働契約論」の最大の独自性（「特徴」）を見て取ることができる。できる限り簡潔に紹介しておきたい。

〔i〕「労働契約」能力論

岡村は、もっぱら①未成年者と②妻の「行為能力」を問題にしている¹⁸⁴。

183 岡村・前掲書『民法と社会主義』（前注20）196頁参照。なお、「或る當事者の能力」・「工場規則」・「集合契約」は岡村前掲書198頁から272頁に及んで詳しく記述されている。そして「集合契約」の外国の立法例を紹介している箇所を簡筆し、ついに未完のままであった。

184 なお、岡村は「外国人」の労働契約能力についても論じている。その基本的モチーフは「今日の民法は既に國民法に非ずして住民法なり。詳言すれば國民たる者に限りて適用すべき規則に非ずして、一國內に住居する人民には内外國人の別なく平等に適用すべき規則なり」という文章に表されている。岡村・前掲書『民法と社会主義』（前注20）213頁。ちなみに、明治民法2条は「外国人ハ法令又ハ條約ニ禁止アル場合ヲ除外私權ヲ享有ス」と定めていた（現行民法3条2項も同様）。岡村は、当然のことながらその民法の立場を踏まえている。そして外国人の「労働契約」については、外国人の「本國法」によるという法例3条を前提に、「法律行為ノ成立及ヒ効力ニ付テハ當事者ノ意思ニ從ヒ其何レノ國ノ法律ニ依ルヘキカヲ定ム」という法例7条に注目している。岡村・前掲書213-214頁（現在は、前者につき「法の適用に関する通則法」4条1項。後者につき同法7条において、同様の規定が置かれている）。こうして岡村は、「不平等条約」を解消して独立国家となった当時の「外国人労働者」問題に言及する。そして「交通互市は字内の通義」としながら、一般論として「甲國の民が無數に乙國に流入して、乙國人民の安寧を害し延いて乙國の存在を危殆ならしむるが如き場合に於ては、乙國は自衛の必要上甲國民の流入を制限し若くは禁止することを得ざるべからず」と述べる。岡村・前掲書215-216頁。その際に岡村は、外国人労働者の移民数とか語学力とかの移民基準を「條約」の中で明記し、適正なコントロールを図るべし、と述べている。それゆえ「人種の憎惡又は徒に自國労働者に阿諛する等の放縱暴慢なる理由に本づくべからざるや勿論な

まず①未成年者について、岡村の論旨をみよう。問題となるのは、主に未成年者が被用者となって労働に従事する場合であった。当時、民法の建前としては、法定代理人たる親権者は、その代理権をもって「未成年者に代はりて其の労働を目的とする契約を締結すること」ができるところ（明治民法884条本文、現行民法824条本文）、この場合は「子ノ行為ヲ目的トスル債務ヲ生スヘキ場合」にあたるので「本人ノ同意ヲ得ルコトヲ要ス」（明治民法884条但書き、現行民法824条ただし書き）とされた。よって「本人ノ同意」なき代理権行使は無効であった。しかし、これを言い換えれば、子の「同意」を取り付けさえすれば、親は親権者＝法定代理人として、いわば何歳の子であっても「労働」に従事させることができた。要するに当時、現行労働基準法58条のような親権者等への規制は存在しなかった¹⁸⁵。さらに当時、現行労基法56条のような年少労働者に関する「最低年齢規定」もなかった¹⁸⁶。かてて加えて岡村が「労働契約論」を執筆していた当時（1907年頃）、

ゝり」という。岡村・前掲書216頁。そのような立場から、彼は、当時のアメリカ合衆国における移民規制の理由を詳細に考察している。岡村・前掲書216-225頁参照。すなわち岡村は、当時のアメリカによる日本人労働者の移民規制を、賃金低下を危惧するアメリカ人労働者保護のための国策と非難し、「斷じて許すべからざるなり」（岡村221頁）と述べ、万一のこととしつつも「戦争」に至る危険性を指摘して、国際仲裁裁判所による「公平なる裁判」による平和的な解決を提案している（岡村225頁）。——ともあれ明治末期の時点において、岡村は、外国人労働者の「労働契約能力論」を広く国際的な視野で把握しようとしていた。言い換えれば、岡村は、現在のわが国「外国人労働者」問題（なかでも外国人労働者に対する過酷かつ安価な労働条件、労働災害を受けた外国人労働者への「労災隠し」、企業による「社会保険」負担回避等に伴う外国人労働者の医療費問題、さらに近年「介護現場」の人手不足を理由とする外国人介護労働者の増加に伴う低賃金・夜間労働などの「労働酷使」に関わる問題等々）に繋がる論点を、明治末期においてあざやかに先取りしていた、と言える。ここでわれわれは、上記の諸事実に留意しておけば、さしあたりは足りよう。

185 現行労基法58条1項は、そもそも「親権者又は後見人は、未成年者に代つて労働契約を締結してはならない」と定めている。

186 現行労基法56条1項は、「児童が満15歳に達した日以後の最初の3月31日が終了するまで、これを使用してはならない」としている。要するに満16歳にな

工場法(1911年公布、1916年施行)による規制も存在していなかった。したがって、おのずと、たとえ小学校就学適齢(6～7歳)の児童であっても親がこれを労働に従事させることができた¹⁸⁷。これに関して岡村は、ドイツ営業令(Gewerbeordnung)をひき「満十三歳以下の男女は假令習業者とし

ゝれば、その後の4月1日以降就労可能となる。なお労基法57条1項は、満18歳に満たない年少者については、使用者に「年齢を証明する戸籍証明書」を事業所に備え付ける義務を負わせている。なお法定代理人が子に代わって労働契約を締結することを禁止している労基法58条1項(前注27参照)も重要である。加えて日本国憲法27条3項によれば、「児童は、これを酷使してはならない」と明記されている。これは戦前、未成年者労働が事実上野放しであり、酷使の対象とすらされていたことの深刻な反省の上に規定されたものである。さしあたり、末弘徹太郎『労働法のはなし』(1947年)238頁の記述を参照。なお山中康雄『労働法の基礎理論』(1956年)128頁は、上記日本国憲法27条や労基法諸規定の基本的趣旨を「民法における雇傭契約の規定のしかたでは十分に防ぎきれなかつた雇傭契約の封建制の残滓を一掃することを意味する」もの、と述べている(傍点・引用者)。

187 たとえば末弘徹太郎(1888-1951年)は、「明治三十三年の小學校令は尋常小學校の教科未修了者を傭うものにその雇傭により學童の就學を妨げてはならない旨規定してい(た)」と述べている。末弘・前掲『労働法のはなし』(前注186)237頁。これを言い換えれば、小学生たる児童が「教科未修了者」でない場合は、何歳の児童でも自由に働かせてよく、また仮に「教科未修了者」の児童であっても、雇用者が「學童の就學」の「妨げ」にならないと判断すれば、なお自由に働かせてよい、とされていたことを物語っている。たとえば、明治期を舞台にした山本有三『路傍の石』(1937-1938年)の主人公・愛川吾一(尋常小學校6年生)にもその実態の一端が描き出されている。ともあれ、ようやく大正期に入って、初めて、1916年(大正5年)の工場法施行により12歳以上の「最低年齢規定」が置かれた(工場法2条。12歳未満者のみの就労規制)。それがILO国際就労年齢条約(1919年)もあって「14歳以上」に引き上げられたのは、1923年(大正12年)「工場法改正」によってであった。川口由彦『日本近代法制史・第2版』(2014年)477-478頁及び510頁及び藤田正=吉井蒼生夫=小澤隆司=林真貴子(共著)『日本近現代法史(資料年表)・第2版』(2015年)100頁参照。だから、1915年(大正4年)には、11歳11ヶ月の児童労働者の雇用主に「使用者責任」(民法715条)を負担させるために、当該児童に責任能力ありとする大審院判決が登場したのである(大判大正4年5月12日民録21輯692頁)。これに対するに——児童の就労が問題とはならなかった——「光清撃ツツ」事件(大判大正6年4月30日民録23輯715頁)で12歳2ヶ月程度の児童には責任能力がないとされたのは、周知のことに属する。

でも製造に従事することを得ず。満十三歳以上満十四歳以下の小児は一日六時間以上就業することを得ず、其の間に於て三十分の休息時間とを與ふことを要す（中略）女工には午後八時半より午前五時半までの夜間の就業を禁ず。産婦は分娩後四週間就業することを得ず、次ぎの二週間も醫師の證明あるに非ざれば就業することを得ずと爲す、我が國には未だ此の種の法規あらず」¹⁸⁸（傍点・引用者）と述べている。これについては、わが国では戦後ようやくにして、女性未成年労働者の夜間就労規制、妊娠婦の就労規制についても、労基法によってより詳細な保護規定が置かれるに至った¹⁸⁹。また当時、未成年者の賃金は「原則として其の法定代理人之を領收すべきもの」とされていた¹⁹⁰。この点、岡村はベルギー労働契約法をひいて「業主は父若くは後見人より故障の通知なき限りは、有効に未成年者に其の賃金を支拂ふことを得」と述べている¹⁹¹。これは戦後労基法59条で

188 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）202-203頁。

189 戦前も、1916年施行の工場法4条が女子労働者について「午後十時ヨリ午前四時ニ至ル」夜間労働を禁じ（藤田その他・前掲書〔前注187〕100頁）、1923年工場法改正により「産前産後の女子に対しても、かなり手厚い保護が加えられている」（川口・前掲書〔前注187〕510頁）とされていた。戦後労基法は、18歳未満労働者（男女の別を問わない）について「午後十時から午前五時まで」の夜間労働を禁じ（労基61条1項）、さらに妊娠婦労働者に関し、同法64条の2以降の諸規定でより長期の就労制限規定を置くなど、その保護を強化している（たとえば労基65条1項では「六週間以内に出産する予定の女性が休業を請求した場合」及び「産後八週間を経過しない女性」についての就業禁止を明文化している。さらに1991年には「育児休業等に関する労働者の福祉に関する法律」が制定されている）。いずれにせよ、岡村の「労働契約論」執筆当時は、男子少年労働者をはじめ、広く女性・妊娠婦について全く保護規定がなかったと言える。

190 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）203頁参照。岡村によれば「未成年者の賃金は悉く法定代理人の管理に属して、未成年者は一銭と雖も自由に之を處分することを得ず、乃ち數人の子ある父は其の子等の労働の賃金を悉く自ら領收して一事を爲さず優遊衣食する者あるは屡見る所なり。殊に我が國に在りては、其の子を藝娼妓の類と爲して老翁は左り團扇の安樂を食はる者あり」と痛烈に批判されている。岡村・前掲書206頁。

191 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）207頁。

もって、より厳格な形で未成年者保護が図られたことであった¹⁹²。ともあれ、当時明治末期にあって岡村がドイツやベルギーの労働法制を参照しながら、戦後の現行労働基準法の諸規定を先取りする諸提案をしていたことは、決して忘れることのできない重要な事実であった。次に、②妻の「行為能力」に目を転じよう。岡村の着眼するところは、明治民法14条の「妻の行為無能力」規定と同法801条の「夫による妻の財産管理」規定の問題性であった。明治民法14条3号によれば、妻は「身體ニ羈絆ヲ受クヘキ契約ヲ爲スコト」につき「夫ノ許可」を要した。したがって岡村の理解によれば、「妻が女工として労働契約を爲す」場合も、さらに「自宅に於て労働する」場合も、均しく「夫の許可」が必要であった¹⁹³。また、妻がその労働によって賃金を取得すること自体は可能であったが（明治民法14条の列举する事項に挙がっていないから）、同法801条により妻の財産管理は夫が行うことになるので「夫は管理者たる名義で妻の賃金を領收すること」ができたのであり、いずれにせよ「妻の賃金」は「夫の管理に属すべきもの」となり、よって「妻は一銭たりとも自由に之を處分することを得ざるなり」とされた¹⁹⁴。対するにドイツ民法では、一方で妻の「持参財産」は「夫の管理に属す」ものの、他方、妻の「留保財産」は「妻自ら之を管理し、且自由に之を處分すること」をなした¹⁹⁵。それでは「留保財産」とは何か。岡村によれば「留保財産に属するものは、妻の一身の専用に供する財産、殊に衣服寶玉及労働の器具竝に妻が労働及工業の經營に因りて贏得したるものとす」（傍点・引用者）とされる¹⁹⁶。要するにドイツ法によれば、妻が

192 現行労働基準法59条1項は、「未成年者は、独立して賃金を請求することができる。親権者又は後見人は、未成年者の賃金を代つて受け取つてはならない」と規定し、親権者等が未成年の子を食いのにすることを固く禁じている。

193 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）209頁参照。

194 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）209-210頁。

195 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）211-212頁。

196 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）212頁。

自らの労働によって得た賃金は「留保財産」として妻の管理に属し、妻の自由処分の対象たるべきものであった¹⁹⁷。またベルギー労働契約法では、「妻は如何なる財産制の下に婚姻せるも、夫の故障なき限りは其の賃金を領收し、且家計の爲に之を使用することを得」とされる、と言っている¹⁹⁸。こうして岡村は、当時わが国では（１）「妻は夫の明示の許可なきときは労働契約を爲すことを得ず」、（２）「妻の賃金は一切夫の管理に属し」、（３）「夫の許可を得ざれば労働契約に關する訴訟を爲すことを得ざる」の「不便」があった、と総括している¹⁹⁹。そして「将来更革を要すべきものは想ふに此の三點に在らん」と述べる²⁰⁰。以上の点は、戦後民法改正で妻の行為無能力が全面的に改訂され、妻が完全行為能力者として登場し、かつ夫婦対等が承認されたことによって、ほぼ全面的に解決されたと言ってよい。

〔ii〕工場規則

次に岡村は、労働契約成立の第二の論点として「工場規則」を取り上げている²⁰¹。岡村によれば、こうである。——「業主は工場内の規律を維持し、労働の執行に便せんが爲めに、工場規則を作り、之を職工に課するを以て通例と爲す。此の工場規則の性質は、單に之を工場内部の秩序を保持する爲の警察的規則と見るべきか、將た、労働契約の條件と認むべきか」²⁰²（傍点・引用者）。すでに指摘したように、「工場規則」とは「就業規則」のことであるが（以下本稿では、両者を適宜使い分けることにする）、「就業規則」の

197 たとえば、現行ドイツ民法1418条2項3号では、配偶者（Ehegatte. この中には、むしろ「妻」も含まれる）の「法律行為によって得たもの」（たとえば賃金）が留保財産（Vorbehaltsgut）に属する、とされる。

198 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）212頁。なお筆者（川角）は、直接ベルギー契約法を参照し得なかった。

199 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）212-213頁。

200 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）213頁。

201 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）225-241頁参照。なお、ここで言われる「工場規則」とは、今日の「就業規則」に相当する。

202 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）225頁。

法的性質論については現在でも激しく議論されているところである。その議論の焦点は、基本的に「契約説」と「法規範説」の対立、及びその評価に絞られる²⁰³。岡村のいう「労働契約の条件」であれば「契約説」に、逆に「警察的規則」であれば「法規範説」に収斂しよう²⁰⁴。果たして岡村は、明治末期の時点でこの難問をいかに切り裁いたであろうか。岡村は、「工場規則」が「慣習法上漸く發達」してきたこと。さらにその「警察的規則」的側面を承認しながら、もっぱらそれを「労働契約の条件」を示すものと位置づけ、もって労働契約の成立要件とみる²⁰⁵。すなわち岡村によれば、「業主は工場規則中に労働契約の条件を掲げて、労働者に申込み、労働者が之を承諾して契約乃ち成立するもの」とされる²⁰⁶。要するに、諾成契約たる「労働契約」においては、「労働契約の条件」に関する使用者と労働者の「合意」が必要であって、「工場規則」はその「労働契約の条件」を明示したものでなければならず、契約締結過程（「申込み」）において使用

203 文献は数多いが、さしあたり本多・前掲『労働契約・就業規則論』（前注177）170頁以下、唐津・前掲「就業規則の法的性質」（前注176）16頁以下を参照。なお後者、唐津論文16頁によれば、わが国で最初に就業規則規制が取り入れられたのは1926年（大正15年）7月の工場法改正に伴うことであった、とされる（「工場法施行令27条ノ4」）。これは、もっぱら「職工」の労働条件をあらかじめ定型化し、それを「職工ニ了知セシメ工場作業ノ円満ヲ期セムトスルモノ」と位置づけられた。この趣旨は、現行労基法にも「引き継がれている」とされる（なお労基法2条2項、同法89条以下及び労働契約法7条以下参照）。

204 そもそも就業規則は、労働者の契約意識の未成熟を前提に国家後見の見地から立法化されたという歴史的経緯がある。それゆえ当初は、もっぱら「法規範説」的観点から説明されてきた。唐津・前掲論文（前注176）16頁。現在、これに「契約説」が対抗している。ただし「契約説」においては、個別的合意の必要性や労働協約との関係、慣習法及び「事実たる慣習」との関係、標準約款ないし定型約款との関係など、複雑な論点が問題となる。学説状況は錯綜している。本多・前掲書（前注177）171-174頁及び唐津・前掲17-18頁参照。ちなみに、わが国最高裁の立場は、民法92条の意味での「事実たる慣習」としての「法規範説」である。最大判昭和43年12月25日民集22巻13号3459頁（「秋北バス事件」）。

205 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）225-226頁。

206 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）226頁。

者から労働者に開示され、「契約内容」として取り込まれていなければならない。ただし、この場合に「労働者の承諾は果して完全自由の意思に本づきたるか」は、大いに疑わしい²⁰⁷。イデアリストであると同時にリアリストである岡村は、当時の「労働契約」の実態を十分に理解していた。すなわち「労働者は大抵貧窶にして、一日賃金を得ざれば糊口に窮するの狀態に在り。安ぞ億萬を擁する資本家と、契約の條件を折衝妥協するの餘裕あらんや」と述べる²⁰⁸。こうして労働者は「已むことを得ずして之（工場規則に示された労働条件）を承諾す」²⁰⁹（括弧内・引用者）。これこそ「強者をして弱者を開拓苦虐せしむるものに非ずや」²¹⁰。かくして「工場規則」への法的規制が図られていかざるをえない。岡村は、その規制のありさまをドイツ、ベルギー、フランスを例示し、比較法的に論じている。たとえば、ドイツ営業令（Gewerbeordnung）²¹¹において従業員20人以上の企業につき「労働規則」（Arbeitsordnung）作成が義務づけられているところ、その労働条件に関して「職工委員会の同意」を要するものや、「監督官の検閲」に服すべき項目が置かれている、という²¹²。さらに注目すべきであるのは、

207 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）226頁。

208 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）226頁。これは現在にあって、もはや無縁な記述であろうか。現在でも就職氷河期には、ほぼ同様の事態が発生する。さらに非正規雇用の蔓延がそのリスクに輪をかけている。いわゆる「ブラック企業」の横行も無視できない。ホームレスやスラム街で暮らす人々にとっては、文字通り「一日賃金を得ざれば糊口に窮する」のが現状なのである。また、一流企業で労働する者も違法残業・長時間労働の圧力は重い。ましてや「企業社会」の「精神」（「企業あつての社会」という一種の物神化＝フェティシズム）が蔓延るところでは、「一日賃金を得ざれば糊口に窮する」の「精神」と共通した劣化した服従精神しか生み出されないだろう。したがって、岡村の指摘は今も生きている。

209 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）226頁。

210 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）227頁。

211 岡村は、ドイツ営業令の134条AからHの各号を参照している。岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）227頁。

212 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）227-229頁参照。ちなみに「職ノ

「工場規則の制定前に於て関係職工に意見を述べるの機会を與ふることを要す」とされていることである²¹³。そして「工場規則完成の後三日内に、規則書に職工の意見書を添へ、二通を下級行政官廳に提出することを要す」という²¹⁴。また使用者は、「工場規則」をあらゆる労働者に近接する適切な場所に掲示すべきことは当然のことながら、さらにこれを「読み易き状態に於て保存する」義務を負ったのである²¹⁵。かつまた「新に就業せる職工には規則書を交付する」義務をも負った²¹⁶。これは、少なくとも使用者（経営者＝資本金）が就業規則を開示し、交付する義務、すなわち労働者に個別に労働条件の内容を「知らせる機会」を提供する義務を負担することを意味する²¹⁷。ドイツでは、かような個別的労働契約の内容として就業規則の組み入れが必要であった。したがってドイツでは、現在わが国で通用している以下のような理解は直ちには出てこない。——「就業規則は、当該事業場内での社会的規範たるにとどまらず、法的規範としての性質を認められるに至っているものと解すべきであるから、当該事業場の労働者は、就業規則の存在及び内容を現実に知っていると否とにかかわらず、また、これに対して個別的に同意を与えたかどうかを問わず、当然に、その

「工委員会の同意」は、たとえば工場外での「少年工」の行動に関する規則制定等につき要求される。他方で「監督官の検閲」に服する項目は、たとえば労働者に工場内の懲罰を科す場合の諸要件などである。なお岡村は、Arbeitsordnungを「工場規則」と訳しているが、いわゆる「就業規則」を指すものと思われる。ここでは文字通り「労働規則」としておく。

213 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）229頁。なお「職工委員會の存する工業」では「委員會の意見を徴するを以て足る」という。

214 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）229頁。

215 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）229頁。

216 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）229頁。

217 筆者（川角）は、労働者が就業規則を知ろうと思えば知りうる状態にするところの「実質的周知」（池田悠「就業規則の法的性質——秋北バス事件」労働判例百選・第9版〔2016年〕41頁参照）よりも強度の「知の提供」を要する、と考える。

適用を受けるものというべきである」(「秋北バス事件」最高裁判決・本稿前注204末尾参照。傍点・引用者)というような乱暴な論理は、ドイツでは認められない。ドイツでは、少なくともその「就業規則」の存在が開示され、かつそれを労働者が「現実に知っている」ことが要求される。「就業規則」の内容を知らないことが明確に労働者の自己責任であると断定されるところまで、使用者が「就業規則」を「提供」し、周知せしめておくべき義務を負う²¹⁸。これが法的なスジなのである。岡村は、ドイツ営業令の研究からその「スジ」を探り当てている。なお1896年制定のベルギー「工場規則

218 最高裁は、この「秋北バス事件」判決で以下のようにも言っている。——「(労働基準法は)就業規則の作成・変更にあたり、労働者側の意見を聴き〔労働者側の「同意」でなくてもよい〕、その意見書を添付して所轄行政庁に就業規則を届け出で(90条参照)、かつ、労働者に周知させる方法を講ずる(106条1項、なお、15条参照)義務を課し〔書面交付でなくてもよい〕、制裁規定の内容についても一定の制限を設け(91条参照)、しかも、就業規則は、法令又は当該事業場について適用される労働協約に反してはならず、行政庁は法令又は労働協約に抵触する就業規則の変更を命ずることができる(92条)ものとしているのである。これらの定めは、(中略)法的規範として拘束力を有するに至っている就業規則の実態に鑑み、その内容を合理的なものとするために必要な監督的規制にはかならない。このように、就業規則の合理性を保障するための措置を講じておればこそ、同法は、さらに進んで、「就業規則で定める基準に達しない労働条件を定める労働契約は、その部分については無効とする。この場合において無効となつた部分は、就業規則で定める基準による。」ことを明らかにし(93条)、就業規則のいわゆる直律的効力まで肯認しているのである」(漢数字を洋数字に直して引用した——引用者。なお亀甲括弧内も引用者による)。これを受けて、2007年制定(2008年施行)の労働契約法7条は「労働者及び使用者が労働契約を締結する場合において、使用者が合理的な労働条件が定められている就業規則を労働者に周知させていた場合には、労働契約の内容は、その就業規則で定める労働条件によるものとする」と規定している。ところが、ここで言われる「合理性」及び「労働者に周知」の意味内容は今なお争われている。さしあたり、池田・前掲判批「就業規則の法的性質」(前注217)40-41頁及び米津孝司「就業規則の法的性質・効力」土田道夫＝山川隆一(編)『労働法の争点』(2014年)39頁参照。なお、「秋北バス」最高裁判決後の判例及び学説の状況につき、唐津博「労働契約と就業規則の法理論」(2010年)118-129頁を参照。なお同書347-370頁に、重要な「試論」が呈示されている。

に関する法律（Loi sur la règlements d'ateliers）」では、労働者が「工場規則」を掲示で知る機会のみならず、その謄本（コピー）を受領する権利が保障されている²¹⁹。また、フランスの工場規則規制（草案）によれば、就業規則制定時に使用者から労働者への適法な「諮詢」をしたことの証明をすべきことが要求されている²²⁰。それぞれニュアンスの違いはあるようだが、岡村の理解によれば、「使用者」が「工場規則の制定前に於て關係労働者の意見を徴してこれを参考に資すべきこと」（傍点・引用者）は、ドイツのみならずベルギー、フランスでも「一致する所なり」と述べられている²²¹。これに対して、わが国現行労基法90条は、使用者が「就業規則の作成又は変更」について労働者側（ないし労働組合）の「意見を聴く」こと（及び行政官庁への届出において当該意見書を添付すること）だけが義務づけられており、その「意見」を使用者が無視してもかまわない仕組みになっている。岡村の「工場規則」論を専門的に評価する能力は筆者（川角）にはないが、上記のことを明治末期に岡村が論じていた事実だけは胸に深く刻んでおきたい。

219 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）229-231頁参照。

220 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）234頁参照。19世紀後半、フランスで「就業規則の拘束力を労働者の同意に求める」ところの破毀院判例法理が形成されたこと。その後、1945年の就業規則に関するオルドナンスさらに1982年「就業規則法制の改革」によって、労働者（団体）からの意見聴取手続きの適正化・義務化が図られたばかりでなく、「労働者の自由と権利の保障を基本にして、就業規則によるその制限を例外的にしか許容しないとの立場」が示されたことなどにつき、矢野昌浩「就業規則の効力」西谷敏＝根本到（編）『労働契約と法』（2011年）141頁以下、特に145-152頁参照。矢野論文は、1982年の改革によって、フランスでは「企業レベルの年次交渉義務の創設と就業規則の対象事項の制限により、就業規則による一方的労働条件決定から、労使合意による労働条件決定への転換が実質的に整備された」（傍点・引用者）と評価している（矢野152頁）。これは、明治末期、わが国で岡村司が構想した「労働契約論」と、その方向性において同一のものとは言えないだろうか。

221 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）237頁参照。

〔iii〕集合契約

最後に岡村の「集合契約」論をみておこう。これは、いわゆる「賃率契約」＝「労働協約」(Tarifvertrag)を指す²²²。岡村によれば「集合契約とは一人若しくは数人の業主の組合若しくは団体の代表者と、労働者の組合若しくは団体の代表者との間に於て、此の契約を援用し得べき人々の間に將來締結せらるべき労働契約が服従すべき或る条件を定むることを目的とする契約を謂ふ」²²³とされる。その意味で「集合契約は労働契約の豫備契約

222 岡村はTarifvertragを語義通り「賃率契約」と訳し(それ自体誤りではない)、今日ドイツで普通に使われる「労働協約」としては捉えていない。むしろ労働協約としての「集合契約」は、フランス法でいわれるConventions collectives relatives aux conditions du travail(労働条件に関する相対的集合協約)の方がふさわしい、と述べる。岡村・前掲書『民法と社會主義』(前注20)246頁参照。なお、ここで「相対的」(relative)というのは、おそらく国家的規則の「絶対性」との対比において、(複数の)労使間で自主的・相互的取り決めによって締結される「集合契約」(「労働協約」)の法的特点をよく表現したものになっているように思われる。ちなみに岡村は、集合契約(「労働協約」)の立法例として、1906年7月2日のフランス政府による「労働契約に関する法律案」中、その第2章「労働条件に関する集合契約」の各条項を翻訳紹介している(その箇所を掲筆している)。岡村・前掲書『民法と社會主義』(前注20)267-272頁参照。その後フランスでは、1919年3月25日に、独立した立法として「労働協約法」(Loi relative aux conventions collectives de Travail)の制定公布をみた。これにつき、末弘嚴太郎「佛國労働協約法」・同『労働法研究』(1926年〔大正15年〕)345頁以下参照(原論文初出は1922年〔大正11年〕)。

223 岡村・前掲書『民法と社會主義』(前注20)241頁参照。このように「集合契約」(「労働協約」)は、岡村にとっては、文字通り「契約」であった。現在では、労働組合の合法的存在を前提に、労使間の団体交渉で定められる協定を「労働協約」という。これについては、「社会的自主法説」(労働協約それ自体を一種の慣習法ないしそれに準ずるものと解する説)・「白地慣習法説」(労働協約それ自体を「慣習法」とするのでなく、労使間の合理的規範意識〔法的確信〕によって形成された白地の労働慣習法が存在を前提に、労働協約の法規規範性を根拠づけようとする説)、「授權説」(端的に日本国憲法28条・労組法16条によって労働協約の法規規範性が創設的に付与されたと解する説)、「法規設定契約説」(労働協約によって協定された賃金等の労働条件を個々の労働契約に適用可能な準則とするため「一種の法規」化されたものを「労働協約」と解する説)など、諸説が対立している。渡辺章「労働協約の法的性質」(前注176掲『労働法の争点』)

たり。集合契約は労働の条件を協定するのみにして、労働を契約するものに非ず²²⁴と言うべきことになる。ともあれ岡村が、「将来締結せらるべき労働契約が服従すべき或る条件を定めることを目的とする契約」として「集合契約」（「労働協約」）を性格づけていることは重要である。すなわち労使間では、個別の労働契約締結に際して——「就業規則」（「工場規則」）のみならず——「契約」としての「集合契約」（「労働協約」）が、その成立要件として必須化されることになる。この「集合契約」（「労働協約」）を、岡村があくまで個別労働契約の成立上の要件として位置づけている点、誠に興味深い。わが国戦後の労基法でも「使用者は、労働契約の締結に際し、労働者に対して賃金、労働時間その他の労働条件を明示しなければならない」（労基15条1項）とある。しかし、これはもっぱら「就業規則」の——「合理性と労働者への周知」（現行労基法7条）にかかる要件充足を前提としたところの——労働契約への組み入れを織り込んだ注意的規定と言うべきであろう。したがって上記労基法15条1項は、「労働協約」をも成立要件として取り込むとする文言形式にはなっていない。また——繰り返しになるが——近時の労働契約法でも「合理性」と「労働者への周知」を要件に「就業規則」が労働契約の内容となって労働契約が成立する旨の明文規定（労基法7条）が置かれているところ、ここでも「労働協約」が労働契約の成立要件として問題とされているわけではない。なにゆえ岡村は、「集合契約」（「労働協約」）を労働契約の成立上の問題としたのであろうか。以下ではこの点を中心に、岡村の論旨を確認しよう。岡村は、「集合契約」（「労働協約」）の「私的契約性」を承認する。したがって「唯此の契約（集合契約＝労働協約）を援用し得べき人々に對して其の効力を有するのみ」（括弧内・引用者）とされる²²⁵。そしてこれは、一種の「法規」にも相当すべ

ゝ所収）14-15頁参照。いずれにせよ、岡村司のように労働協約を端的に「契約」とみる見解は、わが国では少ないように思われる。

224 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）243頁参照。

225 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）244頁。

き存在であるところ²²⁶、民法における典型契約と同様の「補充的規定」(任意規定)である、という²²⁷。ただし、その趣旨はやや複雑である。つまり「集合契約(「労働協約」)」の定めた労働条件は、当該労働条件が欠落している労働契約で「補充的」に機能するが(「補充的規定」性)、それはもっぱら、その労働契約の当事者間に「集合契約(「労働協約」)」が直接存在しない場合のことを指す(その場合、当該当事者は間接的に存在する「集合契約(「労働協約」)」に反する「特約」を形成することができる)²²⁸。ところが「集合契約(「労働協約」)」の直接的当事者間では強行法規として機能する。たとえば、直接的当事者間では「必ず之に従はしむる」²²⁹、ないし「反対の意思表示を以て之を避くることを得ざるを以て原則とす」²³⁰という記述が肝心である。その他「立法例」など触れるべき論点は残されているが²³¹、ここでは労働契約の成立要件としての「集合契約(「労働協約」)」を確認しておけば十分である。ちなみに、岡村司の本論文「労働契約」が未完²³²であることもあつ

226 岡村は「集合契約は若干数の私人が其の間に行ふの目的を以て制定したる法律なりと云ふも過言に非ず」とする。岡村・前掲書「民法と社會主義」(前注20) 245頁参照。

227 岡村・前掲書「民法と社會主義」(前注20) 245頁参照。

228 岡村・前掲書「民法と社會主義」(前注20) 245頁参照。

229 岡村・前掲書「民法と社會主義」(前注20) 245頁。

230 岡村・前掲書「民法と社會主義」(前注20) 245-246頁。

231 岡村は、「集合契約(「労働協約」)」の「無効説」・「委任説並に事務管理説」・「第三者の爲めにする契約説」・「無名契約説」を詳しく検討し、結論として「無名契約説」を採用している。岡村・前掲書「民法と社會主義」(前注20) 250頁以下、特に266頁参照。この点の検討も重要だが、現在ではすでに克服された論点である。ただ岡村の「契約思想」をどう受け継ぎ、解釈論に繋いでいくかは、なお残された課題であると考えらる。

232 岡村の労働契約論が「未完」に終わった理由は、よく分からない。同時並行的に進めていた家族法論との関係で、行き詰まったのかも知れない。あるいは「労働協約」の主体たるべき労働組合自体が合法化されていない当時、「集合契約」(労働協約)を労働契約の成立要件としてわが国で理論化することの困難に直面し、匙を投げたのかも知れない。

てか、岡村の業績はあまり顧みられていない²³³。ここでその内容を幾何かでも読者諸賢に提示することができたとすれば、それをもって満足するほかない。ともあれ戦前、労働組合が治安警察法によって非合法の扱いを受け、労働組合法案が何度も流産してきたことを考えれば²³⁴、「労働組合」もない「労働協約」を想定することがいかに困難であったか。想像に難くない。しかも——繰り返しになり恐縮だが——岡村の「労働契約論」が明治末期に——「自由民権運動」と「大正デモクラシー」とを繋ぐ理論的なく架け橋>として——書かれた事実の重みは、まこと言葉に尽くせない。

〔γ〕岡村「労働契約論」と末川「雇傭契約論」との比較の試み

以上、1908年（明治41年）の岡村司「労働契約論」を概観した。そこで描き出されたのは、当時の労働者の貧困と労働実態・労働条件の過酷さであり、無慈悲さであった。またその「貧困」と「過酷さ・無慈悲さ」を少しでも解消するため、労働者が自立的・自律的に労働契約の主体となるべき理論的枠組みの構築の必要性であった。だからこそ岡村は、労働能力論のみならず「工場規則」（「就業規則」）・「集合契約」（「労働協約」）を「労働契約の成立要件」論レベルで大胆に展開したのであった²³⁵。もはやそれを

233 ただし、岡村ののち、本格的に「労働法学」として労働組合法・労働協約・就業規則について詳細な研究を行った末弘徹太郎は、「労働協約と法律」「労働法研究」（前注222末尾）298頁及び334頁で、岡村『民法と社会主義』の「労働契約」論に着眼している。とはいえ末弘は、岡村の「労働協約」=契約論を基本的に批判する観点から引用している。

234 この点、簡単ながらすで本稿前編で指摘しておいた。龍谷法学50巻1号（2017年）160-161頁注28参照。ちなみに1900年（明治33年）公布の治安警察法17条によれば、「勞務ノ条件又ハ報酬ニ關シ協同ノ行動ヲ為スヘキ團結ニ加入セシメ」た者が「他人（使用者）ニ對シテ暴行、脅迫シ若ハ公然誹毀シ」た場合、あるいは「同盟罷業ヲ遂行スルカ為（中略）勞務者ヲシテ勞務ヲ停廢セシメ」た者が、その目的をもって「他人ヲ誘惑若ハ煽動」した場合には、「六月以下ノ重禁固」または「罰金」が課された（同法30条）。藤田正・その他（共著）・前掲書（前注187）91頁参照。

235 その岡村の学的営為は——おそらく彼にとっては無意識的なことであったかも知れないが——以下のマルクスの指摘に繋がりをうように思われる。すな

要約する必要はあるまい。結果的に——当時のわが国の社会実態・労働実態に即して言えば——岡村の構想は、それ自体、なるほど一個の「理想論」であったかも知れない。にもかかわらず、岡村の構想の社会的な奥行き、深さと市民法的観点の充満、その批判精神の強靱さ、彼の比較法的考察の綿密さはどうであろう。読む者を勇気づけ、叱咤激励してやまない、と言つてよかろう。それを、その後の民法学者はどう受けとめたであろうか。こ

ゝ わちマルクスは、「労働力」を売る労働者が資本家の搾取によって、たとえ「労働力」の＜占有＞を手放すことがあっても、彼の「(労働力への)自身の所有権」(sein Eigentum an ihr [= Arbeitskraft])までは放棄することができなかった(でなければ「労働者」は実質的に「奴隷」に転化するだろう)。したがって、近代諸立法では「労働契約の最大限度 (ein Maximum für Arbeitskontrakt)」が確定され、「(労働) 契約解除予告要件 (Kündigungsbedingungen des Kontrakts)」を規制するに至っている、と記している。マルクス『資本論・第1巻(第1分冊)』全集23巻a(前注102)220頁注40参照。Vgl. Marx, Das Kapital, Kritik der politischen Ökonomie, Erster Band (Fn. 102), S. 182 Fn. 40. ここでマルクスが、労働契約を Arbeitskontrakt と記し、Arbeitsvertrag としなかったことに注意しておこう。もし、マルクスが意識的に使い分けていたとすれば、それがどのような意味をもつか。検討に値する。ちなみに、この『資本論・第1巻』の刊行は1867年のことであった。当時、ドイツでは19世紀初頭プロイセン営業令の支配下にあつて労働者の「団結」(労働組合結成)自体、厳しく禁止されていた。1848年革命ののち、労働者にも一定範囲で「集会・結社の自由」が承認されたが、「労働組合結成」が合法化されるのは、1869年北ドイツ営業法の成立を待たねばならなかった(『資本論・第1巻』刊行の2年後のことであった)。以上、西谷敏『ドイツ労働法思想史論——集团的労働法における個人・団体・国家』(1987年)37頁以下及び65頁以下参照。こうしてマルクスが『資本論・第1巻』を刊行した時期、ドイツでは労働組合自体、非合法であった。労働組合なきところに(また合法的「同盟罷業」なきところに)、賃金を始めとした労働条件に関する「労働協約」もありえなかった(ドイツ労働協約令[Verordnung über Tarifverträge]が制定されるのは、第一次世界大戦後ワイマル体制のもと、1918年のことであった。西谷・前掲書213頁参照)。ところで、マルクスが就業規則(Arbeitsordnung)と労働協約(Tarifvertrag)を統合吸収したところの独自かつ高次の「労働契約」を Arbeitsvertrag と呼ぼうとしたなど考えるのは、＜夢想＞もはなはだしいだろうか。翻って、「労働契約」の成立要件論として、岡村司が「労働能力」と併せて「工場規則」(就業規則)及び「集合契約」(労働協約)をも取り込もうとしたのも、単なる荒唐無稽な思いつきと切り捨ててよいだろうか。

ここでは末川博の「雇傭契約論」と岡村「労働契約論」を対比しておくにとどめる。岡村は、当時のわが国「産業革命」それ自体には踏み込んでいないが、なお機械制大工業の隆盛とその急激な「独占化」を感じとっていたに違いない²³⁶。だからこそ、岡村はきわめてグローバルな視点で——いわば人類史的・世界史的観点でもって——「労働契約」の成立要件論を展開した。それに対して、岡村の孫弟子ともいべき末川は、もっぱらゲルマン法的なギールケ流の封建主従的「忠勤契約」としての「雇傭契約」の意義解明に終始した²³⁷。そこに市民法学的な「批判精神」はなかった。あるべき労働契約の構築へと方向づけるための「建設的精神」もなかった。むしろ末川にとっては、明治維新により「封建制度」自体解体され、過去のものになったところ、現に存在するものとして強く意識されたのは、日本のな僕婢の家内労働であり主従的「忠勤契約」であった。封建制度が解体されたあとも、その実態がある限り、ゲルマン的ギールケ流の主従温情的「雇傭契約」論は、末川にとっていわば「社会主義的な潤滑油の滴 (ein Tropfen sozialistischen Öles)」²³⁸であったかもしれない。とはいえ、末川

236 この点は、すでに本稿前編で指摘した。日本の産業革命の特質及びその「独占化」傾向と「帝国主義」への転回につき、龍谷法学49巻4号（2017年）22-23頁注29参照。さらに第一次世界大戦後の日本資本主義の状況については、龍谷法学50巻1号162-163頁注31を参照。

237 末川「雇傭契約論」については、本稿前編・龍谷法学50巻2号122頁以下を参照。

238 これは「ローマ法的私法にとって代わるゲルマン法的観点からの「法革新」のためのスローガンとして、ドイツ民法第一草案を批判するためにギールケが用いた有名なメタファーである。さしあたり、拙稿・川角「オットー・フォン・ギールケの法思想と「私法の社会化」」龍谷法学34巻4号（2002年）68頁以下、特に84頁及び97頁注70を参照。ちなみに、ギールケの「社会主義的な潤滑油の滴」でいわれる「社会主義」は、ある意味でギールケに独特な「国家的社会主義」(Nationalsozialismus)の言い換えであった。ギールケの国家論は多面性をもつとされるが、彼のいう「国家」が社会一般に対する優越性をもっていたこと、その法的形態たる「有機体的国家論」が彼の法人実在説の国家的バージョンであったことは広く知られている。おのずと「ナチスのイデオログ」たちも、

の目には、形式的・抽象的な民法上の雇用契約は、ローマ法的な過去の遺物の単なる復活に過ぎず、君臣主従ないし親方徒弟の「温情」を無視した冷酷なものとして映った。こうして末川は、いわば「市民法から社会法へ」の流れを直線的に先取りした（つまりは形式的・ローマ法的「市民法」から温情的・ゲルマン法的「社会法」への流れを「先取り」した）。また末川は、ギールケ流の封建的な主従契約・忠勤契約の温情主義を美化することに関心を集中させた。これに対し、「フランス革命」に感激し、同時に「社会主義」にも関心をもった岡村は、むしろ実質的に「市民法学」の先駆者であった。岡村は、自由を、平等を、そして個人を重視し、尊重した。それによって初めて岡村なりの「社会連帯論」が構想された。岡村のそれは、けっして＜平等な諸個人＞の自由なき、自律なき「社会連帯論」ではなかった²³⁹。他方、岡村と末川との対比につき、さらに付加すれば、こうも指摘できよう。すなわち末川は、岡村の「人柄」には惚れ込んだかも知れないが、しかし末川は、結局のところ、岡村の「学問」ないし「学問的精神」からその本質を学び取ろうとはしなかったのではないか²⁴⁰。かくてその後、岡村のこの

ゝギールケ「国家論」を積極的に援用したのであった。西谷・前掲書『ドイツ労働法思想史論』（前注235）208-211頁参照。

239 この点、本稿前注147から156に至る注に対応する本文を参照されたい。

240 たとえば兼清正徳『末川博・学問と人生』（1997年）47頁では、末川が「人間の感化は岡村先生から受けたが、学問的な考え方と思索の態度は佐々木惣一（行政法）、竹田省（商法）両先生から受けた」とされる。これは末川自身、率直に告白しているところでもある。末川「法律学・わが師わが友」法学セミナー1号（1956年）7頁以下、特に8頁参照。すなわち「私（末川）は岡村先生からその人格を通してこのようなこと（『経世済民』や『国民の基本的人権の尊重』など）を教えられたのであるが、学問をする仕方というものに関しては、他の諸先生から学ぶところが多かった。特に法学におけるものの考え方ともいえるべき思索の態度に関して大きく啓発してもらった先生に、佐々木惣一、竹田省の両先生がある」（括弧内・引用者）と記している。この末川論稿が戦後「日本国憲法」の下で、1956年に書かれたものであることに留意したい。だから、末川の上記岡村論には幾分なりとも「脚色」がある。現に末川は、我妻栄との対談で——その多くは岡村の人間性・豪傑ぶりを賞賛しながらも——「（岡村）先

ような市民法学的「精神」はほとんど受け継がれないままであった。おそらくその貴重な例外は、本稿で先に考察した中島玉吉の「家族法論」であつたろうか。それでは、その、中島によって継承された岡村司の「家族法」はいかなる内容のものであつたか。以下では、岡村司の家族法論の実体を、本稿前編で概観した中島玉吉の家族法論をも踏まえつつ、やや立ち入って考察しておきたい。

（c）岡村司の家族法論

ここでは200頁余に及ぶ岡村「家族法論」を詳論することは避ける²⁴¹。

-
- ゝ生の講義はなっておらん。親族と相続とをあわせて一週四時間あったんだが、大学ノートに筆記してわずか二〇枚か三〇枚しかありません。つまり、時事評論めいた話や世間話など雑談ばかりやっておられたんじゃ。今日だったら、あんなふまじめな無責任な先生がといわれるところだろうが…。」と述懐している。末川＝我妻・前掲「対談・日本の法学者を語る」（前注10）38頁以下、特に41-42頁。なお筆者（川角）は、民法理論及び解釈論的には、末川が、むしろ牧野英一（1878-1970年）の法思想から影響を受けたのではないかと指摘した。龍谷法学50巻1号（2017年）305-306頁注368参照。この点に関する「末川理論」への評価問題は、かなり微妙な要素を含む。本稿続編でも引き続き考察する。
- 241 岡村・前掲書『民法と社会主義』（前注20）273-479頁（第三章「家族制度」に収められた六つの論文）参照。この岡村「家族制度」論稿につき、我妻栄は、末川との対談の中で「僕が『家族制度法律論の変遷』という論文を戦時中に書いたときに、岡村さんの論文を精読したが、自由主義的な家族制度批判は大したものだった」と語っている。末川＝我妻・前掲「対談」（前注10）42頁。ところで、岡村の家族法「講義」は、聴く者の胸を強く打つたらしい。たとえば滝川幸辰（1891-1962年）は、「痛快極まる親族法講義」と賞賛していたという。熊谷「岡村司」潮見俊隆＝利谷信義（共編）『日本の法学者』（1975年）115頁参照。この熊谷による引用は、滝川『随想と回想』87頁からのものとされているが、おそらく熊谷は戦前の1937年初版を参照したと思われる。戦前の、この初版はすぐに「出版當局」から発禁処分を受けた（滝川「改版の序」1頁及び4頁参照）。なお滝川自身、1933年に周知の「京大事件」で文部省から休職発令を受けている。また美濃部達吉「天皇機関説事件」が起こったのは、1935年のことであつた。滝川が『随想と回想』初版の発禁処分を受けた年、1937年には、7月盧溝橋事件勃発、8月「国民精神総動員実施要綱」決定、そして同年12月の「南京事件（南京大虐殺）」へと至る。滝川のリベラルな「エッセー」すら、当時このような背景の下、権力によって葬り去られたのである。ちなみに、戦後出された「改版」（1947年）では「約三分の一ばかり削除」とあるので、熊谷が参照した部分はメ

岡村の「家族法論」が、いかに中島玉吉に影響を与えたかという視点を基軸に、必要と思われる論点を付加して岡村の業績を提示するにとどめる。

< i > 岡村「家族制度變遷」論

まず「第一節 家族制度の變遷」²⁴²からみていこう。岡村は古代インド・ギリシャ・ローマの家族制度から考察をはじめ、人類史的視野でもってその「變遷」を辿っている²⁴³。すなわち古くインド・ギリシャ・ローマでは、もっぱら宗教的信仰心と一体不可分な「祖先神崇拜」の立場から、長男子によって司祭され、保護される大家族制的な「家」が支配的であった。いわば「祖先神」への裸の信仰・崇拜と「家」の維持・護持とが内的に連結されていた。ところが人類の「知」が優ってくると、この「宗教心」が減退し、また当初「家の聯合體」であった「國家」が独自の権力を行使して「小國家」たる「家」の「戸主権」を排斥するようになる。さらに家族が「國政に參與」し、戸主と平等の地位を有するに至れば、ますます古代的な「家」制度はその存立基盤を失う²⁴⁴。加えて、その「存続基盤の喪失」は、経済的發展過程のなかで「家族が財産を所有する」に至ること、また自由公平さらには個人の尊嚴を説く「自然法」の生成をみたこと（かつて——特にローマ帝政下で——「奴隸制度」と表裏一体であった「家長権」ないし「戸主権」が非合法的存在に転化したこと）によって、さらに一層推し進められた²⁴⁵。そして近世・近代のヨーロッパ諸国の家族制度、なかでも「家長権」・「戸主権」

ゝ削られた可能性がある。筆者（川角）の手元にある「改版」87頁に出てくるのはニュルンベルクの「鐵の乙女」の話であって、「岡村」の名前は出てこない。ついでながら滝川に関し、小田中聡樹「滝川幸辰」・潮見＝利谷（編）前掲書383-402頁を参照。

242 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）273-306頁（原論文初出は1905年〔明治38年〕）。なお「家族制度の變遷」に相当する内容は、やや簡略化されているが、岡村『民法親族編』（1899年〔明治32年〕。信山社復刻版）5頁以下、及び1905年（明治38年）の岡村『民法親族編』5頁以下においても記述されている。

243 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）276-289頁参照。

244 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）290-294頁参照。

245 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）294-296頁参照。

の変遷とわが国明治民法典上のそれとを対比²⁴⁶して、岡村はこう言っている。「我が民法は戸主権に代りて發生すべき親權を戸主権と並び認めて頗る其の範圍を侵蝕せるは法律歴史上未曾有の特例にして、確かに戸主権に對して鼎の經重を問ふものなり」²⁴⁷（傍点・引用者）。この観点を前提に、岡村はヨーロッパ諸国（「西洋諸國」）と日本との「差異」を、およそ以下

246 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）297-303頁参照。

247 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）304頁。たとえば当時の「戸籍法」18条以下「戸籍ノ記載手續」をみると、戸主権制度が、いかに「家」制度を通じ、国民生活の全体を支配していたか、よくわかる。なお同法48条2項は、「届出人カ家族ナルトキハ届書ニ戸主及ヒ届出人ト戸主トノ續柄ヲ記載スルコトヲ要ス」という。婚姻・離婚・養子縁組など戸籍上の各種届出行為の主体として「戸主権者」（戸主）が前提とされていたことを明示するものである。この点、同法58条（戸主権者による要同意事項に関する規定）も併せて参照されるべきであろう。このように戸主権制度は、民法上の制度としてのみならず、戸籍法上の制度としても、猛威を揮っていた。対するに最近、内田貴「法学の誕生——近代日本にとって「法学」とは何であったか」（2018年）402頁注117は、「戸主権が上級武士層の家父長権をモデル」としており、「一般民衆の現実の家族生活においては、家父長権はそのような絶対的なものではなかった」という旨の、川島武宜『イデオロギーとしての家族制度』（1957年）8頁（同「家族と法」『川島武宜著作集第11巻』（1986年）所収125頁）を参照指示している。ただしこの川島の記述は、当該頁の注13で彼自身が語っているように、貧民階層で広く行われていた「人身売買」（娘の身売り）に関する自己の東北農村での現地調査をもとに、「人身売買」をもって「必ずしも常に彼らの家族集團における家父長権力の絶対性を示すものではない」（傍点・引用者）として、実定法制度上の「家父長権力」と現実社会でのその影響力のズレを法社会学的手法で明らかにしようとした記述である（親の同意をかくぐるための「かけおち」の慣行にも言及している。川島『イデオロギー』9頁、同『著作集』126頁）。しかも川島は、それに続けて以下のように言っている。「要するに、明治民法の家族法は、現実の家族秩序をそのまま維持することを目的とするのではなくて、むしろそれを、より權威主義的に變容すること。そうして、それをとおして絶対主義的「臣民」のパーソナリティーをつくるための訓練機關をつくること、を目的としていたと認められる」（川島『イデオロギー』10頁、同『著作集』126-127頁）。その際、川島は、「教育勅語」などの「家族道德の教育」との関係も重視し、そのような「法的社会統制」（戸主権の法的機能を媒介とした家父長権制度）は「相当程度の成功をおさめたものと思われる」と書いている（川島『イデオロギー』4頁及び10頁、同『著作集』121頁及び127頁）。

のように整理する。すなわち、第一に「西洋諸國には親族ありて家族なし。自然的親族ありて法制的親族なし」²⁴⁸。婚姻又は血統に原因せる夫婦親子其の他姻族相互の關係ありて、戸主權に原因せる戸主及び家族の關係なし」、第二に「西洋諸國には身分證書ありて戸籍簿なし（中略）家の存在を證明する戸籍簿と云ふものあることなし」、第三に「西洋諸國には住所ありて家なし」、第四に「西洋諸國にも隱居及養子の俗行はるれども、我が邦と大に其の趣を異にし、且多く行はれず。西洋の隱居は（中略）我が隱居制度」²⁴⁹が戸主權の喪失、家督相續の開始を惹起するが如き法律上の効果を生ずるものとは異なれり。又西洋の養子制度は（中略。わが国のように）家督相續人を得んが爲めに、養子を爲すことあらざるなり」、第五に「西洋諸國には財産相續ありて家督相續なし」²⁵⁰（括弧内・引用者）。以上の点は、岡

248 この点に関しては、岡村司は早くから「親族關係ト家族關係トハ同シカラス」と、その區別を強調していた。岡村・前掲書『法學通論』（前注8）531頁。

249 すでに岡村『民法親族法編』（前注241）202頁（1899年版・1905年版）では、わが國隱居制度へのかなり強い批判が展開されていた。

250 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）304-306頁参照。なお岡村が「西洋諸國には住所ありて家なし」と言っている点についてのみ、補足しておく。岡村は、「勿論西洋に在りても夫婦親子兄弟等所謂自然的親族の若干數が一屋宇の下に住し共同の生活を營むの事あり」と述べ、いわゆるファミリーがそのホームで生活を営む実体を無視するのではない。それを承知した上で、西洋においては「法律は全く家の存在を認めざるなり」と述べる。岡村・前掲書305頁。たとえば、ドイツ民法でも婚姻＝夫婦關係の形成を基軸としたファミリー本位の規定が置かれ、フランス民法でも住所（domicile）の規定が先行し、それに続いて婚姻（mariage）へと至るファミリー本位の構成を採用している。ちなみに、現行日本民法でも「家」自体を規定する条文はない（祭祀の權利承継に関する897条でも、「家」という文字は出てこない）。これに対し、明治民法典では、家の「戸主權制」（旧732条）、「子ハ父ノ家ニ入ル」（旧733条）を始め、「家督相續」（旧964条～991条）に至るまで「家」本位の規定で満ちあふれていた。その意味で岡村の先見性は、高く評価されなければならない。「家族制度崩壊の原因」及び「戸主權の衰退」を論ずる中島玉吉の視野には、おそらくこの岡村の構想が入っていたように思われる。中島「家族制度の主觀的基礎と客觀的基礎——及び其の朽廢」同『親族相續法改造論』（1927年〔昭和2年〕）26頁以下、特に33頁参照（原論文初出は1926年〔大正15年〕）。

村による明治民法上の家族制度批判として、きわめて整然と展開されたものである。

< ii > 岡村「親族の将来」論

次に、岡村「親族の将来」²⁵¹はどうか。まず、その出だしの文章に注目しておこう。すなわち「親族の沿革は第一期家族制度に於ける親族より、第二期個人制度に於ける親族に進み、而して或は將に第三期社會制度に於ける親族に入らんとす。西洋諸國は第二期より將に第三期に進まんとし、我國は第一期より將に第二期に入らんとす。其の相距るや亦遠し」²⁵²。ここには、世界史的な規模での岡村の「親族」観が凝縮されている。ヨーロッパ諸國は、「親族」が個人制度から社會制度へと展開を遂げつつあるのに対し、わが国では家族制度から個人制度に「進まん」とする地点にとどまっている。しかも、その懸隔は、はなはだ「遠い」のである。わが国「家」制度は神格天皇制を支える基本的土台であって、各「家」はその親たる「天皇家」の末家であった。それを東洋的専制政治・法制度の必然的過程として、泰然自若としてすましておれるであろうか。否であった。岡村の世界史的視野からすれば、「抑も余輩は東西の親族制度を考へ、其の趨勢の向ふ所を察して奇異の感に堪へざるものあり。何ぞや、東西の親族制度は端なくも相一致せんとするの傾向あること是れなり」²⁵³。したがってわが国「親族制度」も、広くヨーロッパに学ぶべきである。彼の地で普及してい

251 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）306-334頁参照（原論文初出は1905年〔明治38年〕）。

252 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）306-307頁。

253 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）308頁。この観点は、やはり中島玉吉にも受け継がれた。岡村とはややニュアンスを異にするが、中島はこう言っている。——「西洋人と東洋人は自ら其の國民性を異にする所が多いから、西洋に於て家族制度滅亡の原因であつた事實が、直に東洋に於ても同一の結果を招来するものとは断言し難い。けれども西洋の事實は之れを他山の石として大いに尊重しなければならない」（傍点・引用者）。中島・前掲「家族制度の主観的基礎」同「改造論」（前注249）37頁。

る「個人制度」的親族関係では、「幸福は強制を以て得べからず、各人自由の追求に一任すべし」とされる²⁵⁴。さらに岡村の目は、「社会制度」的親族観へと連結される。そこでは、社会保障制度の充実に裏付けられた「自由婚姻」が語られる。ちなみにロシアの文豪チェルヌイシェフスキー（1828-1889年）は、その代表作『何をなすべきか』²⁵⁵（1863年）で社会革命に目覚め独立し自立した若き男女の愛と葛藤を描きあげ、レーニン（1870-1924年）の思想形成にも大きな影響を与えた²⁵⁶。岡村は、チェルヌイシェフス

254 岡村・前掲書『民法と社会主義』（前注20）312頁。このような観点から、岡村はキリスト教的ヨーロッパの婚姻強制主義＝離婚制限主義を非難している。そしていわゆる「女人主義」の立場からの「内縁夫婦」登場の必然性を指摘する。岡村・前掲書317-318頁参照。ちなみに、この岡村の個人主義的親族観に基づく離婚制度論は、一見したところ穂積陳重（1855-1926年）の「自由離婚論」的な「相対的離婚原因論」を想起させる（龍谷法学50巻3号〔2017年〕442頁以下参照）ものであるが、その基本的発想と価値基準は大きく異なる、と考える。加えて、穂積重遠『離婚制度の研究』（1924年〔大正13年〕）よりもかなり早い時期に（1905年）、岡村がヨーロッパの離婚制度論を詳しく論じていたこと（岡村・前掲書313-321頁）を銘記しておきたい。ちなみに重遠は、この岡村の論文にほとんど留意していなかったようである。

255 このチェルヌイシェフスキー『何をなすべきか』は、金子幸彦（訳）で岩波文庫に（上）（下）二分冊に収められている（訳書は、〔上〕が1978年。〔下〕が1980年に刊行された）。筆者（川角）が、かつて読んだのもこの岩波文庫版である。ほぼ同じ時期にイブセン『人形の家』（1879年）も読んだ。いずれも「女性の自立」をテーマにした優れた作品であるが、社会的視野の広さと深さ・社会変革事業への「両性関係」の組み入れにおいて、チェルヌイシェフスキー（1828-1889年）により惹かれた。

256 「チェルヌイシェフスキーの小説『なにをなすべきか』がレーニンを決定的にゆさぶった。チェルヌイシェフスキーは、ヴォルガ川のサマーラの先、サラトフ出身の大知識人で、雑誌『現代人』の編集長として1860年代、「大改革」期の革命青年たちに大きな影響を与えた。1862年に逮捕されて、獄中で書いたのがこの小説である」。和田春樹『レーニン』（前注125）13頁。ちなみにレーニンにあって、その思想的目覚めは比較的遅く、兄アレクサンドルがマルクスを読む側で、彼（レーニン）はトゥルゲーネフの小説を読んでいて、と伝えられている（和田・前掲書10頁）。その後1887年にアレクサンドルが皇帝暗殺未遂事件で処刑されたことと併せ（和田・同頁）、チェルヌイシェフスキーの『何をなすべきか』を読んだことが、レーニンをマルクス研究へといざなった。ちなみにレーニ

キーの一節をこう引用している。——「ロブーコツフ（夫の名）及びヴェラ（妻の名）は各一室を有し、其の相往來するや猶ほ外人を訪ふが如し、戸を叩きて入室の許可を請ふ。入れと云へば即ち入り、否と云へば即ち退去して又た之を強ひざるなり。二室の中間に共同の一室あり、是れ即ち夫婦が飲食を共にする所にして、其の随意に出入することを得る所なり。（中略）二人随意に外客に接遇し及之を訪問することを得。通信も亦分別して相干渉せず、各其の宜しく告ぐべしと思量する所のものを相互に告語するのみ、其の以外に及ぶことなし。（中略）之に依りて見れば、婚姻に關する將來の制度は全く自由主義にして、人類は自ら其の行動の得失を判斷し、苟も他人の自由幸福を侵害せず」²⁵⁷（括弧内・引用者）。——このチェルヌイ

ゝニンの代表作『何をなすべきか』（1902年）が、チェルヌイシェフスキーへの追慕を込めて書かれたことは言うまでもない。関連して、レーニン「ゲルツェンの追憶」（1912年）レーニン（蔵原惟人＝江川卓〔共訳〕）『文学論』（1954年）65頁以下、特に70-71頁に、民主主義作家チェルヌイシェフスキーへの惜しみない賛辞が綴られている。また、すでにマルクスも、チェルヌイシェフスキーを「真剣な観察者、たじろがぬ研究家、冷静な批判者、偉大な芸術家」の一人と讃えている。マルクス「第一インターナショナル在ジュネーブ・ロシア部委員会委員への手紙」（1870年）、マルクス＝エンゲルス『文学・芸術論』（国民文庫・1955年）179頁及び全集16巻402頁参照。

- 257 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）327-328頁。なお岡村は、エドモン・ヴィレー「近世社會主義」（筆者〔川角〕未見）からの引用である旨、断っている。岡村・前掲書327頁参照。わが国の翻訳として、チェルヌイシェフスキー（金子・訳）『何をなすべきか（上）』（前注254）251頁以下及び302頁以下に、本文に対応した「ロブーコツフ」（ロブホーフ）と「ヴェラ」（ヴェーラ・パーブロヴァ）の夫婦生活（夫婦対等・夫婦独立）の様子が描かれている（この点、訳者「解題」〔下〕383頁で、この「夫婦生活」が当時ロシアの若き男女インテリゲンチヤの間で行われていた「契約結婚」であり、「肉体關係を伴わないものであった」とされている点にも、一応留意しておきたい。小説の中では、簡素ながら「結婚式」を挙げた事実が示されている。〔上〕221頁）。ちなみに岡村『法學通論』（前注8）552頁でも、チェルヌイシェフスキーについて、ほぼ同じ箇所の引用がされている。岡村は「ロブーコツフ」と「ヴェラ」の夫婦關係を「虛無主義ノ家庭」（『法學通論』551頁）というように記述しているが、他方で「今日ノ社會主義」が象徴する「婦女ノ獨立」という課題が描き出されている、とも言っている（『法學通論』553頁。正確には「今日ノ社會主義ノ徒カ稱道スル婦女ノ獨立ト云フモノ

シェフスキーの「婚姻」観は、岡村にはニヒリズム（虚無主義）の反射とも映った。しかし岡村は、「此の虚無主義の家庭は大に之を熟念するの価値あり」とする²⁵⁸。この発想は、一種の「自然主義」にも繋がりをもつだろう（岡村は「頗る自然に近し」²⁵⁹と言っている）。ただし岡村は、あくまで「社会制度」的親族の段階（いわゆる「第三期」）の事態を念頭に、チエルヌイシェフスキーを引用している。この点をしっかり掴んで離さないようにしておかなければならない。つまり、先のロブーコツフとヴェラの夫婦関係は、きわめて個人主義的であり、かつ自由なものである。こうして、岡村のいう第三期「社会制度」的親族における「婚姻」とは、第二期の「個人制度」的親族を内に含みながら、その矛盾と葛藤し、自己を鍛え上げ、自己の自立・自律と社会変革の事業とを両立せしめようとする男女によって高い次元で復活された「個人主義」であり「自然主義」であった。岡村の「第三期」をこのように捉えれば、それがいかにマルクスの「将来的両性関係」論に接近しているか、よくわかる²⁶⁰。ともあれ、岡村にとって日本の親族

ゝノハ正ニ此ノ如キヲ謂フナリ」と書いている）。ともあれ岡村が、かなり早い時期からチエルヌイシェフスキーに注目していた証しであることに違いはない。

258 岡村・前掲書『民法と社会主義』（前注20）329頁。

259 岡村・前掲書『民法と社会主義』（前注20）329頁。

260 周知のように、マルクスは『資本論・第1巻（第1分冊）』（前注102）637頁で、以下のように述べた。——「資本主義体制のなかでの古い家族制度の崩壊がどんなに恐ろしくいとわしく見えようとも、大工業は、家事（家政）の領域のなかたにある社会的に組織された生産過程で（in gesellschaftlich organisierten Produktionsweise jenseits der Sphäre des Hauswesens）婦人や男女の少年や子供に決定的な役割を割り当てることによって、家族や両性関係のより高い形態のための新しい経済的基礎（neue ökonomische Grundlage für eine höhere Form der Familie und des Verhältnisses beider Geschlechter）をつくりだすのである」（括弧内・引用者及び原書からの引用）。Vgl. Marx, Das Kapital, Erster Band (Fn. 102), S. 514. これは、機械制大工業が新たにもたらしたメカニズムによって女性や年少者にも可能になった「単純労働」と、そのような「労働への参加」によって初めて生み出された女性の「自立」及び男女労働者の「訓練」と「組織化」を通じ、資本主義的生産様式における両性関係（男女関係）が——古い家族制度の崩壊と共に——独立化・自律化・実体化していくこと。ノ

は「家族制度より個人制度に推移する過渡の時代に属する」ところ、「個人制度」も個人の身勝手かつ放恣な「自由」を許容するものである限り、それにのみ期待をかけることもできない²⁶¹。ただし、それに引き続いて岡

ゝそして、それが新しい社会的・経済的諸過程において、より高い次元で再生産され「形態化」されていくことを、マルクスが理論的に展望したものである。こうしてマルクスは、資本主義的生産様式それ自体がその将来的な「両性関係」形成の新たな基礎づけを内在的に提供している、と見る。すなわち彼は、資本主義によって「人間の頹廃・荒廃・墮落、さらには奴隷状態の害毒」が拡散される必然性と併せて、同時に資本主義そのものが「人間の発展の源泉に一変するに違いない」（zur Quelle humaner Entwicklung umschlagen muß）とも述べる。マルクス・前掲書638頁。Vgl. Marx, Das Kapital, Erster Band, S. 514. ただしマルクスは、その「発展の源泉」たりうる条件として、「それに照応する諸関係のもとでは」（unter entsprechenden Verhältnissen）という文言を付記している点に留意しなければならない。——その「付記」の趣旨は、おそらく人間労働が文字通り「自由」なものとして展開し、よって資本主義的生産様式の桎梏＝狭い枠組み（生産関係の社会性と、取得の私的性格の矛盾）が克服されたときに初めて生まれ出る社会的な「諸関係」を指すのだろう。それには長い時間がかかるが、しかし時間がたてば自ずと生みだされるものではない。現在の資本主義の矛盾を科学的に究明し、それを批判的に克服する「市民」の不断の主体的営みなくしては、けっして生まれ出（いず）るものではない。その克服の営みは、おそらく「労働運動」一般に終始しうるものでもないだろう。すなわち「女性解放運動」が、新たな「親族関係」の形成、なかでも婚姻の本質的平等の実現を通じて、マルクスの思想と緊密に連結され、そのための「理論」と「実践」の統合がなされるとき、初めて「生まれ出（いず）る」のだろう。たとえば、クララ・ツェトキン（1857-1933年）やローザ・ルクセンブルク（1871-1919年）は、そのために生涯を捧げた女性であった。さしあたり、ツェトキンとマルクスの関係について、伊藤セツ「クララ・ツェトキンと『資本論』第1巻——マルクス主義と女性解放論・女性運動」日本科学者会議（編）『日本の科学者』（2017年9月号）22-27頁参照（24頁にクララとローザとの交友も描かれている）。こうして見てくると、明治末期、岡村司がチエルヌイシェフスキーに注目し、「親族関係の第三期」を展望した意味合いも、よくわかる。

- 261 岡村・前掲書『民法と社会主義』（前注20）332頁参照。なお、岡村はあくまで「個人制度」が個人の身勝手かつ放恣な「自由」を許容するものである限りにおいて、それを批判するにとどまる。したがって、当時の日本の現状にそくして「個人主義」そのものを「過度の個人主義」とか「個人主義のゆきすぎ」などと、これを消極視したり、単なる克服の対象としたりするのではない。この点、すでに牧野英一もそうであったが、今なお明治期から大正デモクラシー

村が「余輩後車たる者（個人制度）の前車（家族制度）の覆轍を踏むべきに非ざるなり」²⁶²（括弧内・引用者）と述べていたことを踏まれば、当時の半封建的家族制度の現実において「個人制度」を導入しても、それがたやすく戸主や夫の専断的「個人自由」（粗野な自由）を許容するものに²⁶³変質する危惧を抱いていたことは、確かなようである。それゆえ岡村は、「其の（個人制度）の」長所は之を採用し、其の短所は社会制度の諸説に顧みて之を矯正すべし。乃ち女人の地位は之を高上し、其の知識財産を増進して男子の好伴侶たらしむべく、兒子の人格を確認し、父母は之を保護するの義務あるも之を虐使するの権利なからしむべし²⁶³と主張するのである。

Ⅱ 期の日本社会において「過度の個人主義」・「行きすぎた個人主義」・「民主制がもたらす弊」が一般的に存在していたかのようなことが書かれることがある。内田・前掲書（前注247）203-204頁及び332頁参照。なるほど当時、一部の高級官僚・政治家や大資本家・大地主あるいは一部知識人・文化人等にそのような傾向があったことは確かであろう。だとしても、大多数の国民（勤労市民・労働者・小作農等）には「個人主義」・「個人制度」そのものすら行き届いていなかったのではないか。かつまた、彼らが、個人の自由と権利を擁護するために言論・出版・結社によって「権力」と対抗しようとしても、多くの治安立法さらには1900年（明治33年）の治安警察法が、その前に大きく立ちはだかっていたのではないだろうか。そのような歴史の教訓に学ぼうとせずに、「過度の個人主義」とか「行きすぎた個人主義」・「民主制のもたらす弊」などと半ば無批判に言えるのか。不思議でならない。

262 岡村・前掲書『民法と社会主義』（前注20）332頁。

263 岡村・前掲書『民法と社会主義』（前注20）332-333頁。この観点は、先に見たチェルヌイシェフスキーの「婚姻」観とほぼ通底する。なお当時親権がもっぱら父親にあったこと（「子ハ其家ニ在ル父ノ親権ニ服ス」〔明治民法877条1項本文〕）。さらにこれに関連して、この条文の趣旨は「子」であるかぎり、成年の子もまた父親と同居する場合には「父ノ親権ニ服ス」のであって、例外的に成年者たる子が「独立ノ生計ヲ立ツル」ことができる限りで「親権」から離脱することがあったにすぎない（同条1項但書き）ことに照らせば、父母の共同親権を謳う岡村の先進性は明らかである（現行民法818条1項参照）。さらに、親の子への「虐待（ないし悪意の遺棄）」による親権喪失はごく最近の民法改正によるものである点も想起されるべきだろう（2011年民法改正）。それまでは親権喪失事由として、明治民法以来戦後も一貫して「親権ノ濫用」・「著シク不行跡ナルトキ」という文言に終始していた。この点にも岡村の優れた着眼力が、

また岡村は「親子別居」を推奨し、もって「舅姑婦間の犬猿の葛藤の弊」を根本的に消し去る必要があることを主張し、さらに「自由離婚を伴ふ自由婚姻」たるべきこと²⁶⁴、あるいは「庶子私生子」と「嫡出子」の平等化を図るべきこと等を提唱している²⁶⁵。

< iii > 岡村「女人の地位」論

第三に、岡村「女人の地位」²⁶⁶の内容はどうであろう。岡村は、この問題も人類史的視点及び世界史的視野でもって論じている。いわく「第一期女人虐待の時代」、「第二期女人保護の時代」、「第三期女人解放の時代」が

ゝ見て取れよう。

264 岡村は別の著作で「自由離婚ハ自由婚姻ニ進ムノ道程ナリ」という記述をしている。岡村『法学通論』（前注8）557頁。その趣旨は、かなり微妙な陰影を含む。おそらく「婚姻」が「自由契約」という形式で男女の任意の結合を担保している以上、その任意の結合が不如意となり、かえって当該男女関係の桎梏となる場合には「婚姻」の実体が崩れ去ったことを意味するわけだから、「自由離婚」が望ましい。このような「自由離婚」による保障があるからこそ、むしろ「自由婚姻」が男女の純粋な愛情でもって内実化されるに至る、とするのが岡村の「婚姻」観であったように思われる。そのような男女の純粋な愛情をもとにした「婚姻」観からすれば、「父母ノ同意規定」（明治民法772条）は、その障碍となるべきものであった。だから岡村『民法親族編』（前注241）310頁（復刻版も同頁）は、諸外国の婚姻法制の研究を踏まえ、婚姻に幅広く「父母ノ同意」を要求している明治民法のあり方を、「外國法ノ規定ハ我カ民法ニ比シテ概シテ寛大ナリ」という表現でもって批判している。

265 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）333頁。ちなみに嫁姑関係は、別居していてもそれほど変わらないかも知れないが、別居していた方が相互に無用な摩擦を生じないですむだろう。その「親子別居」を実現するためには、市民社会的倫理の確立と社会保障制度のさらなる充実が不可欠であろう。だから岡村も——おそらく今日的社会保障制度を念頭に置いて——繰り返し「社會制度の諸説を顧みて個人制度の短所を矯正すべき所なり」というのである。岡村・前掲書333頁参照。ただし、現在のわが国年金制度をはじめとした社会保障制度の活用・運用の実態が、岡村の念頭にあった「社會制度」に即したものであるかどうかは、別問題である。

266 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）334-367頁（原論文初出は1909年〔明治42年〕）。

それである²⁶⁷。岡村は「第一期女人虐待の時代」を「戸主権制度」の機能と裏腹にみている²⁶⁸。したがって、明治民法下・戦前の「女性」は「第一期女人虐待の時代」に置かれていたことになる。続いて岡村は、「第二期女人保護の時代」を論ずる。この位置づけは微妙である。岡村によれば、この「第二期」は、①「一般の女人を未成年者と同視して、これを保護して男子に対して従属の地に立たしむる」²⁶⁹ものである。かてて加えて、②夫婦関係に置き換えて言えば「妻は未成年者禁治産者と同じく一般の無能力者」であって、「妻は夫に従順にして夫は妻を保護するの義務がある」とする²⁷⁰。前者①については、明治民法は男女の別を問わず「満二十年ヲ以テ成年トス」(明治民法3条)と規定していた。ところが後者②に関しては明治民法14条が妻の「行為無能力」を規定していた。だから、明治民法下の「女性」は、なかば「第二期女人保護の時代」に当てはまらず、なかばそれに当てはまる。その意味で、当時「女性」の法的地位は、きわめて中途半端な状態に置かれていた。さらに「戸主権制度」、さらにそれに固有な「妻妾制度」との関係で言えば、戦前の女性は「第一期女人虐待の時代」にも相当する地位に置かれていた。当時、女性はこのような「第一期」と「第二期」の複合的地位にあった。あるいは「虐待」され、あるいは「保護」されていた。それでは「第三期女人解放の時代」はどうか。これは「将来の社会」²⁷¹とされるが、その内容は「女人は男子と全く對等の地盤に立

267 岡村・前掲書『民法と社會主義』(前注20) 334頁。

268 岡村・前掲書『民法と社會主義』(前注20) 341-347頁及び384頁参照。

269 岡村・前掲書『民法と社會主義』(前注20) 347頁。

270 岡村・前掲書『民法と社會主義』(前注20) 348頁。なお岡村は、1899年(明治32年)の『法學通論』(前注8) 554頁では、わが国明治親族法を指して「新民法ハ大ニ婦女ノ利益ヲ保護スルモノニシテ歐洲ノ制度ニ近接スルハ蔽フヘカラサル所ナリ」という記述がある。留学前と後とで、岡村司に認識の変化があったことを示すものと思われる。

271 岡村・前掲書『民法と社會主義』(前注20) 355頁。

つて、男子の従属たることを免れて獨立の地歩を占むることになる」²⁷²。だから、一応戦後の女性はこの「第三期」に属することになる。なかでも日本国憲法24条及び民法2条が、そのための網領的規定を置いた。では翻って、実質的にみても、今は「女性解放の時代」にふさわしいだろうか。今なお、この「女性解放の時代」は、全世界的規模で構想され、実現されるべき課題であるように思われる。要するに、今は過渡期なのである。だから具体的実質論を欠かすことはできない。この点、次の岡村の論旨は重要性をもつ。——「ジョン・スチュアルト・ミル²⁷³曰く。女性を男性に従属せしむるが爲め大に社會の關係を不良ならしめたのである。今日人類進歩の大障礙を成すものは是れが實に其の一大原因であると。スペンサー²⁷⁴曰

272 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）356頁。そのような断固たる男女平等主義は「夫婦対等論」を帰結せずにはおかぬ。岡村は、1905年（明治38年）春に議會に上程された「刑法上及民法上ノ夫婦ノ待遇ヲ平等ニスヘキ旨ノ建議案」に触れ、「我カ國ニモ女人主義（フェミニズム）ノ軟風ソヨキ始メタルコトヲ徴スヘシ」（括弧内・原書ルビ）と讃えている。同時に「男力姦通ノ出来ヌト云フ様ナ馬鹿ナ事カアルモノカ」という「帝國議會」議員の「絶叫」を伝えている。この点、1905年版の岡村『民法親族編』507頁参照。なお1898年版『民法親族編』（信山社復刻版）507頁にも、同旨の記述がある。ちなみに、信山社復刻版は明らかに「明治三十一年」（1898年）刊行の『民法親族編』と指示しているところ、そのなかに「今春（三十八年）ノ議會ニ…」（507頁）という記述があるのは不自然である。

273 ジョン・ステュアート・ミル（1806-1873年）については、本稿前編・龍谷法学50巻3号（2017年）でも触れた。さしあたり、ミルの女性解放思想はその『自由論（On Liberty）』（1859年）で端緒化し（塩尻公明＝木村健康〔共訳〕『自由論』（1971年）185頁及び209頁参照）、さらにその後、彼の『女性の隷属（The Subjection of women）』（1869年）で本格的に開花した、といつてよいであろう。なお後者は、大内兵衛＝大内節子（共訳）『女性の解放』（1957年）所収のスタン・コイト「編者序説」（上記『女性の解放』邦訳版7-34頁）において、ミル・女性隷属論の内容が概説されており、便利である。

274 ハーバート・スペンサー（1820-1903年）の女性解放思想につき、深田三徳「スペンサーの「社会静学」と自然権論」八木鉄男＝深田三徳（編著）『法をめぐる人と思』（1991年）79頁以下参照。深田論文によれば、スペンサーは『社会静学（Social Statics）』（1850年）の第16章で「女性の権利」を論じており、「『平等自由の法則』は男性、女性に同じように適用される。女性も男性も同様にメ

く。社会は家族に影響するものである。社会が戦争を目的とする壓政制度であるときは家族の関係も亦自ら壓政である。(中略) 壓政が廢れて自由が行はれ、人權を尊重するの念が益強大になつてくると女人の政治上及家族上の無能力は漸く減少して、其の身體構造の差異より必然生ずる所の區別のみを存するに至りて已むであらうと」²⁷⁵。このような先人たちの言を踏まえると、戦後の女性は、なるほど男子の「従属」から脱し、「独立」して「自由」を謳歌しているように見える。しかし現実はどうであろうか。明治末期の岡村の立場からするなら、確かに戦後「日本国憲法」下の女性は解放された。それは、もっぱら身分的「従属」からの解放であつた。眞の自由・独立を目ざす「女性解放」とは、やや質が異なるように思われる。たとえば女性を、子供を産む機械と同視するかの如き政治家が今でもいる。「出産」は、女性の社会進出・能力の全面的開花にとって「一大障碍」であること、今でも変わらない。労基法等で産休・育休制度が明文化されて、どれほど「一大障碍」が克服されただろうか。あるいは昇進・昇給・退職年齢等での女性差別がいかほど根絶されただろうか。これらは、今なお問われ続けている基本的課題である。岡村は、その問題を先取りするかのように、以下の文章を記している。——「若し特別の保護を要するの權利ある者がありとせば、そは勿論女人である。何となれば女人は兒子を産出教育して人類を繼續するの重任を負ふ者であつて、生存競争上不利の地に在る者であるからである」²⁷⁶。この文章を書き記した岡村の現実觀察力(「社会

ゝ道德感覚をもっており、女性の權利は男性の權利と同じでなければならない。

そして当時の家族制度や政治制度における女性の隷属状態や低い地位は、間違ひであるとして批判される」と紹介されている(深田・前掲書89頁)。なお最近、森村進(編訳)『ハーバート・スペンサーコレクション』(2017年)が上梓され、『社会静学』も収められているが、『抄訳』であつて「第16章」が省かれている。

275 岡村・前掲書『民法と社會主義』(前注20) 357-358頁。ただし岡村は、ミルについても、スペンサーについても、その出典を挙げないまま論じている。

276 岡村・前掲書『民法と社會主義』(前注20) 359頁。ただし、この文章はフランスの民族社会学者ルトゥールノー(1831-1902年)からの引用である(岡村ノ

的リアリズム」)はきわめてクリアであり、かつ鋭い。「出産」は、女性のみがなしうる永遠の事業である。その女性独自の「永遠」の人類的事業を「社会制度」として真に保障する時代、それがごく当たり前のこととして通用する時代が到来して初めて、「第三期女人解放の時代」がきた、と言えるだろう²⁷⁷。岡村は、そのことを直視していたと言える。

<iv> 岡村「戸主権制度」論

ここでは、岡村の「戸主制の存廢」と「我が民法に於ける戸主制度」とを併せて考察しておこう²⁷⁸。まず注目すべきは、当時穂積八東らによって「家法人説」²⁷⁹が説かれていたところ、岡村が「家は法人に非ず」と明確に

ゝは「ルツールノー曰く」として、その説の概要を紹介しているが、出典の明示はない)。フランス語に達者な岡村は、C. J. M. Letourneau, *L'Evolution du mariage et de la famille*, 1881を、おそらく原書で読んだと思われる。なお戦前、社会学研究会・譯『男女関係の進化』(1916年)という書名で翻訳が出されている。

277 ちなみに、「第三期女人解放の時代」への過渡期に関する問題は、「第二期女人保護の時代」をいかに位置づけ、評価するかという問題との関連で重要な意味をもつ。たとえば現在のわが国で、保育費の一定規模の無償化のみスローガンとして掲げ、それを「吊しニンジン」なみに人気取りの手段とする現内閣の女性保護・育児政策をどのように見るべきか。「吊しニンジン」なみの政策対応にとどまれば、保育士への待遇改善・保育士の適正配備・認可保育所の拡充・無認可保育所への適正措置等の切実な諸要求を実質的に無視することになるに違いない。

278 「戸主制の存廢」は1913年(大正2年)から1914年(大正3年)にかけて、また「我が民法に於ける戸主制度」は1911年(明治44年)に公表されている。内容的には重複するところが多い。なお上記二つの論文いずれも、基本的に戸主権制度を強く批判する内容のものであるが、1900年(明治33年)の岡村『法学通論』(前注8)533-540頁における戸主権に関する記述では、それほど批判めいた指摘を行っているわけではない。岡村のヨーロッパ留学とその後の親族法研究が戸主権制度への研ぎ澄まされた批判的観点を涵養したように思われる。この点、本稿前注270も参照。

279 たとえば穂積八東は、「祖先ノ威靈ノ不死ノ大義」を「家ト謂フ法人格ノ觀念ニテ彰表スル者ナリ」(傍点・引用者)という。八東「家」ノ法理的觀念同『穂積八東博士論文集』(1913年〔大正2年〕)430頁以下、特に434頁参照。加えて八東は、「我千古ノ國體ハ家制ニ則ル。家ヲ大ニスレハ國ヲ成シ國ヲ小ニスレハ

これを否定していたことである²⁸⁰。「家」は法人でないばかりか、「組合」でもない²⁸¹。よって帰属不明財産が戸主の所有と推定されるところ（明治民法748条2項）、それ以外の財産は基本的に家族構成員各人の「特有財産」である（同法同条1項）。ただし、「特有財産」たる要件は「自己ノ名ニ於テ得タル」ことを主張立証しなければならない（同法同条1項の文言を参照）。そうでない限り、まずは長男子家督相続制度にのっとり「前戸主の財産」として、当該財産は「全部（家督）相続人ニ移転」する（括弧内・引用者）。だからこそ戸主は、その反射的法的義務として家族に対する「扶養」義務を負う（明治民法747条）。ところが、この「扶養」義務がくせものだと、岡村はいう。なぜなら「家族」とは「戸主ノ親族ニシテ其家ニ在ル者及ヒ配偶者」を指すのであって（明治民法732条）、その範囲かなり広範囲に及び、よって扶養義務を負担する「戸主は其の煩累」に耐え難きことになる。逆に、家族構成員が戸主から「扶養」を受けることを潔しとしない場合には、

「ハ家ヲ成ス」とも言っている（句読点・引用者）。八東・前掲書435頁。すなわち「皇位」こそは、「民族ノ始祖」であって「吾人臣民カ萬世一系ノ皇位ニ歸服スルハ、吾人ノ祖先ノ祖先タル民族ノ同始祖ノ威靈ニ歸服スルナリ」とする（読点及び傍点・引用者）。こうして、天皇の「家」（皇位）の「祖先」がその「始祖」であり、同時にそれが個々の「家」の「祖先」の「始祖」でもある（ある意味で一種の「公法私法融合論」）。よって「臣民」たる日本国民は、ことごとく「親」たる天皇の赤子（せきし）であり、その赤子からなる「家法人」の長が「戸主権者」であった。「戸主権者」は天皇の赤子であると同時に「家法人」の支配者であった。この点に関連し、内田・前掲書（前注247）338頁は、「日本の家制度の普遍性をいう八東の主張は、陳重と何ら異ならない。しかし、家族国家観に基づく国体と国民の福利の増進とを結びつける八東の議論は、陳重なら、おそらく、社会力による進化が国民の福利増進に資する方向での変容をもたらすと説明するだろう」という。これは、穂積陳重の「二つの顔」を否定して、「一つの顔」として描き出そうと試みる内田・前掲書（なかでも同書272-277頁及び358頁の記述を参照）のスタンスに留意した上で、精確に読み取られるべき文章であるように思われる。

280 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）368頁及び417頁。

281 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）368頁。

各々の名で独立して生計を立てるようにならざるをえない²⁸²。かくて岡村は、「然らば法律に規定せる戸主の扶養義務は慣習上殆ど空文に歸するものに非ずや」という²⁸³。ここにおいて、すでに戸主権制度の衰亡は、いわば宿命づけられていたことになる。岡村はいう。すなわち「案ずるに戸主制は昔時の専制々度の遺制にして、今日の自由制度の精神と相容るゝこと能はず」²⁸⁴と。岡村は、当時の「帝国憲法」下、人権が「法律ノ範囲内」においてではあれ「保障せられ」ていたことを、「人民の自由」として重視する²⁸⁵。明治維新以降、まがりなりにも「帝国議会」があるからには、岡村にとっては、もはや国家と国民の関係じたい「自由制度」になったはずなのである。すなわち曰く。「(人権自体を制限するところの)法律は人民自ら其の制定に參與す、是れ即ち自由制度の精神なり」²⁸⁶（括弧内及び傍点・引用者）。これは岡村なりの「社会契約」的国家観を示すものである。ところが、現実の明治国家体制はそうに甘いものではなかった。このような「明治維新」に対する岡村の一種楽天的評価は、中島玉吉もまた、これをほぼそのまま受け継いでいたようである（たとえば本稿前編・龍谷法学50巻4号注134に対応する本文参照）。またこれとの関連で、岡村は「戸主権制度」擁護論者を批判する箇所でも、岡村流の愛國精神を示している²⁸⁷。しかし

282 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）369頁。

283 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）369-370頁。

284 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）374頁。

285 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）374頁。

286 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）374頁。

287 たとえば「戸主権制度」擁護論者がその理由として「皇室」との関係を持ち出す際に（つまり戸主権を批判するなら、戸主権制度の総本山とも言うべき「皇室」制度を批判することになって不敬きわまりないという立場）、それに対して岡村は「我が皇室の尊厳にして天壤と共に窮まりなきは我が光輝ある歴史の成果」であると書いている。そして、それがゆえに民法上「戸主権制度」を廃止しても、公法上の「皇室」の存在とはあくまで無関係である、という趣旨のことを述べている。岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）404頁参照。これは「戸主制の存廢」の後半部で記された文章であるから、時あたかも「澤柳事件」（本稿前注10参照）のさなかであった。つまり、この岡村論文の後半部は、

ながら、あくまで戸主権制度そのものは「實に此の（自由制度の）精神と調和することを得ざるものあり」と批判され、「戸主権制度」の変革が強く主張されていることに変わりはない²⁸⁸（括弧内・引用者）。なるほど明治民法下の戸主権制度は、古代的な絶対的「戸主権制度」²⁸⁹と異なり、それ

ゝ1914年（大正3年）3月刊行である点に深く留意しておかなければならない（岡村・前掲書415頁末尾に出てくる原論文初出の時期を参照）。したがって、岡村が完成原稿を仕上げたのは、おそらく1913年の12月から1914年1月にかけてのことであったと思われる。その時期は、ちょうど澤柳事件のクライマックスにあたる。すなわちこれは、岡村が澤柳政太郎京都帝大総長をはじめ文部省当局と激しい交渉をし、「最強硬派」として活躍していた時期の文章である。彼は、京都帝大退職にあたって「朕の官吏養成の手伝いはできない」と述べていた（熊谷・前掲「岡村司」〔前注2〕128頁。本稿前注22も参照）。したがって上記岡村の「皇室」論は、一見不可思議な記述でもあるようにみえる。「矛盾」しており、思想的な混乱を示しているようでもある。しかしながら、もしかすると、岡村がこの論文を書き上げた際、彼は、自分の論文が教授会自治を克ち取る方向で収束しそうな事態（「澤柳事件での勝利」）を再び混乱させるかも知れないと、危惧したのではないだろうか。それゆえ、あえて意図的に「皇室」に迎合したのではないか。かくて岡村司は、配慮の人、思いやりの人であったように思う。この点、「出處ヲ以テ其ノ志ヲ渝ヘス窮通ヲ以テ其ノ守ヲ失ハス循々トシテ善誘シ」という佐々木惣一（1878-1965年）の追悼文が、その「矛盾」の実体を物語っているかも知れない。佐々木・法学論叢7巻5号（1922年〔大正11年〕）巻頭文参照。なお上記「澤柳事件」の顛末、なかでも岡村司が「最強硬派」として活躍したこと、それを若き佐々木惣一が「急先鋒」となって支援したしたことについては、広川・前掲書『恒藤恭の思想史的研究』（前注10）110-111頁を参照。

288 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）374頁及び456-457頁。岡村は、明治民法下の「戸主権制度」を単純に全面廃止としようとはしない。その変革のあり方として、アメリカにおける家産制度（Homestead）もしくはスイス民法における「家産制度」の導入を提唱している。さらに「家を以て家業組合の小團體と爲すべきか」とか、あるいは「戸主に選挙権の如き公法上の特権を與ふべきか」など、幾分戸惑っている様子も示している。岡村・前掲書456-457頁。にもかかわらず、岡村が基本的に当時の「戸主権制度」を根本的に変革しなければならないという強い自覚を持っていたこと。そのために欧米の「家産制度」を活用しようとする方向性を有していたことは、確かなことであるように思われる。このような「家産制度」構想も、中島玉吉が岡村と共有するものであった。本稿前編・龍谷法学50巻4号〔2018年〕502頁以下を参照。

289 古代の「厳格なる戸主制」のもとでは「戸主及其の家族と何等血統上の關係なき者と雖も其の家に入りて其の戸主権に服するときは戸主及其の家族との」

と比すればやや緩和された——「昔日の如く強大なるものに非ず」²⁹⁰とされるべきところの——近代的「戸主権制度」であるかもしれない。それでもなお、やはりそれは、戸主権者が「専制的威力を揮ふ」ことを可能にする法的制度であった²⁹¹。たとえば、戸主権者の「同意権」は、随所でその猛威を揮った。家族が「分家」をなす場合（明治民法743条1項）、家族が「居所ヲ定ムル」場合（同法749条1項）、家族が「婚姻又ハ養子縁組ヲ爲ス」場合（同法750条1項）には、戸主の同意が必要であった²⁹²。わが国明治民法下の戸主権制度には、さらに以下のような諸問題があった。岡村の挙げる順番に従って、列举しておこう。まず、①戸主権制度は家の維持のため男子（嫡男）をもうける必要があり、それを口実に戸主たる夫は妾を置くことができた。妾と夫との子（私生子）は夫が認知すれば「庶子」になるところ（すなわち戸主権制度を媒介とした「畜妾制度」の公認）、正妻との関係では彼女が「嫡母」となった（同法728条の「嫡母庶子」関係）。岡村は言う。「是れ戸主制の當然の結果にして毫も怪むに足らざるなり。爾雅釋親に曰く。父之妾爲庶母」と。庶子の稱は蓋し此に出づ」²⁹³。次に、②戸主が再婚し、新しい妻に「連れ子」がある場合、明治民法は「継親子関係」を認め、戸主と「連れ子」との関係を実親子関係（直系血族関係）と同然のものとして

ゝ間に親族關係」が形成された。すなわち戸主権に服することが条件であって、支配服従の関係は文字通り厳格であった。その分、保護され扶養もされた。古代ローマでは「戸主権免脱」(emancipatio)は、元来わが国の、いわゆる「勘当」にあたるものであり、それによって「家族たる身分を剥奪し従て其の身分に伴ふ所の特権を剥奪せんが爲に懲罰の意味に於て行はれたるもの」であった。なおemancipatioは、その後、子の身分的独立の手段に転化した、とも言っている。岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）387頁。同旨、原田慶吉『ローマ法（改訂版）』（1955年）293頁。

290 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）375頁。

291 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）375頁参照。

292 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）375-376頁参照。なお、「親の同意権」をかいぐる＜慣行＞の存在に関しては、川島武宜の法社会学的手法に基づく研究がある。この点、本稿前注247を参照されたい。

293 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）393頁。ちなみ「庶」には、ほゞ

規定した（明治民法728条）²⁹⁴。よって、継子の相続権も承認された（その子が長男で、その子以外に戸主に子がいなければ、継子が家督を相続した²⁹⁵）。岡村によれば、これは「戸主制度の舊慣」に基づくにほかならなかった²⁹⁶。なぜなら「戸主制度に在りて繼父母は繼子を視ること己れの子の如く、繼子は繼父母に事ふること實父母の如くにして、以て一家の規律を保持するの必要あり」²⁹⁷とされたからである。こうして継親子関係は、もっぱら「家」本位に——したがって「戸主権」本位に——位置づけられた²⁹⁸。また「戸主」は、③新たに婚姻して他家に入るためには隠居せねばならず（同法754

ゝとんだなにかしの如しとか、なにかしと同じようなものという意味がある。したがって「父之妾爲_レ庶母_ニ」とは、意識をすれば、父が妾を設けることにより（子をなせば）妾は母の如く（その子を育てる）、よってその「子」を「庶子」とする、ということではないだろうか。

294 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）433頁参照。ちなみに、明治民法728条を引用すれば、こうである。——「繼父母ト繼子ト又嫡母ト庶子トノ間ニ於テハ親子間ニ於ケルト同一ノ親族關係ヲ生ス」。

295 継親子相互間の「相續」については、岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）435頁参照。ただし、そこで岡村は継子の「家督相続」の可能性と問題性については立ち入っていない。

296 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）435頁。なお、梅謙次郎『民法要義卷之四・親族編』（1899年〔明治32年〕）7頁も、継親子関係を「殆ト實親子ト同一ノ關係アルモノトセル」ところの「從來ノ慣習」にしたがった、と述べている。ただし梅が、継親子問題を「戸主権制度」と関係づけて記述しているわけではない。岡村の視点は、その意味で積極性をもつ。

297 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）435頁。継親子関係では、実親子関係と同様の権利・義務が生じた（明治民法878条参照）。さらに相互相続も、扶養義務も発生した。だから、戸主が隠居すれば、「継子」に家督を譲って「扶養」を受けることができた。むろん「継親子」関係における感情的軋轢・家庭不和等も問題とされた（岡村・前掲書436頁参照）。

298 それゆえ戦後家族法改正では、この明治民法728条の継親子関係は——嫡母庶子関係ともども——廃止されたのである。いわゆる「連れ子」は、新しい配偶者にとって「姻族一親等」の地位に立つのであって、「養子縁組」をしない限り「嫡出子」とはならない（現行民法792条以下、特に809条参照）。床谷文雄「第725条（親族の範囲）」二宮周平（編）『新注釈民法（17）親族（1）』§725～791（2017年）44頁も参照。

条1項）、また推定家督相続人（将来戸主権者として家督を継ぐ長男子）は廃嫡
 手続をとらねば婚姻して他家に入ることができなかった（同法744条、975条
 参照）。これは「家」の継承を最重点に置く戸主権制度の「負」の遺産で
 はないか²⁹⁹。さらに、④そもそも、戸主権制度に伴って隠居制度がある
 こと自体不当である。戸主権者が健康であるにもかかわらず、満60歳に達
 したからという理由で、嫡男に「家督」を譲り、嫡男の扶養下に身を置く
 ことは怠惰もはなはだしい。そこで岡村いわく。——「此の制度を存するよ
 りして儉安遊惰の習を養ひ、老人早衰の弊を長じ、債権者に損害を與ふる
 等の弊害あり。民法中に此の如き無用有害の制度を永く存することは余輩
 亦其の可なる所以を知らざるなり」³⁰⁰（傍点・引用者）。加えて、⑤戸主権制

299 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）439-443頁参照。ただし、岡村自
 身の文章に「負」の遺産」という表現があるわけではない。同旨のことを筆者
 が言い換えているだけである。なお推定家督相続人が「廢嫡」されるためには、
 明治民法975条の「此他正當ノ事由アルトキハ被相続人ハ親族會ノ同意ヲ得テ其
 廢除ヲ請求スルコトヲ得」という規定によらねばならなかった。「被相続人」た
 る父が承知し、了解すること自体むずかしかったであろう。岡村は、「親子法廷
 に相争ふの状を爲すことは士君子の大に嫌惡する所なり」と述べ、この間の消
 息を物語っている。

300 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）445頁。すでに小野梓（1852-1886年）
 が、ほぼ同じ理由を挙げて隠居制度を批判していた。この点、すでに本稿前編
 で指摘した。龍谷法学49巻4号（2017年）60頁参照。ちなみに、旧戸主＝隠居
 者の債務も新戸主たる家督相続人が承継するのであるが（明治民法986条本文）、
 「前戸主ノ一身專屬セルモノハ此限ニ非ス」とされる（同法同条但書き）。そ
 こで、いわゆる一身專屬的債務（かりに前戸主が彼固有の技能をもって諸負債
 務を負担していたような場合）について、債権者に損害を与えることはあつた
 ろう。しかし、一身專屬的債務以外にも、たとえば新戸主が大変な浪費家（遊
 び人）であり「無資力の危険」が激増するようなケースでは、隠居制度によっ
 て——結果的に——債権者に不当な損害を与えることがあつたであろうことは、
 十分に考えられるところである。岡村が「債権者に損害を與ふる等の弊害」と
 いう場合、そのように広くケース設定をしたのだろうか。このような岡村司及
 び小野梓による「隠居制度批判」は、たとえば穂積陳重の「隠居論」と、その
 スタンスをかなり異にする。陳重によれば「老者退隱の習俗、法制の如きは、
 古今に通ずる普遍現象とも稱すべきもの」と位置づけられ、隠居の将来像とし
 て「優老の習俗」・「優老の徳教」・「優老の禮制」・「優老の法制」が語られる。↗

度は基本的に「大家族制」を許容するがゆえに、「舅姑婦間の不和」を招きやすい。しかも「舅姑」が「配偶者ノ直系尊属」であるから、その「舅姑」から妻が「虐待又ハ重大ナル侮辱」を受けた場合には裁判上の「離婚原因」となる（明治民法813条7号）³⁰¹。このような規定は——つまり配偶者以外の第三者（舅姑）からの「虐待」ないし「重大ナル侮辱」を裁判離婚

ゝ陳重『隠居論』（大正4年改定版の復刻本〔クレス出版1999年〕、初版は1891年〔明治24年〕）の「自序」及び同書499頁以下参照。なお、この「自序」及び「優老の習俗」以下の箇所は改訂版で新たに加筆されたものである。この点を含め、陳重『隠居論』と彼の『進化論』及び『法典論争』等との関係につき、内田・前掲書（前注247）174頁以下及び198頁以下が詳しい。ちなみに、上記陳重『隠居の将来像』の部分は、隠居制度の重点が「家」から「優老」のための「社会政策」に移されているようにも読めるが、あくまで陳重は「本邦古來の慣習」を尊重し、「家族制度の維持には戸主たる者が戸主権の行使及び戸主の義務の負擔に適當なる能力を有するを必要とするが爲めなり」と述べている（陳重・前掲書『隠居論』234頁）。その際、陳重は、岡村司或小野梓が批判する隠居制度の弊害にも言及している。陳重・前掲書234-235頁。それゆえ明治民法典では「隠居の原因を限定」したという理解を呈示している（陳重・前掲書235頁）。

- 301 岡村・前掲書『民法と社会主義』（前注20）445頁参照。岡村が直接「大家族制」に言及しているわけではない。とはいえ、明治民法上の〈家族〉の定義が「戸主ノ親族ニシテ其家ニ在ル者及ヒ配偶者」とされている点に着目すれば、戸主権制度と「大家族制」との一体関係はほぼ明らかであろう。その戸主権制度と不可分の関係をもっていた「親族」規定（明治民法725条）を、戦後改正民法725条も文言上そのまま引き継いだ。これに問題はないだろうか。戦後民法改正（家族法の大改正）は複雑な経過を辿ったが、「起草委員側」の「理論の中には保守派との妥協を可能とするものも内包していた」とされる点に注意しておきたい。磯野誠一＝磯野富士子（共著）『家族制度——淳風美俗を中心として』（1958年）66頁参照。併せて「『家』的乃至『親族』的共同体を支持し或いは強化しようとする政治的勢力の強さ」、これが「改正民法の中に、法技術的には不必要な『親族』の概念規定たる『総則』的規定（第725条）を必要とするに至った現実の理由であり原因なのである。（中略）今や改正民法は、近代的な『家族法』と前近代的な『親族法』との矛盾を含むことになった。この矛盾が何時解決されるかは、人々の現実の家族生活における変革とともに、また同時に政治の世界における民主主義の変革にかかっている」（傍点・原書）との指摘にも留意しておこう。川島武宜「民法典の『親族』概念」同『川島武宜著作集第11巻・家族および家族法2』（1986年。原論文初出は1949-1950年）52頁以下、特に114-115頁。

原因とする規定³⁰²は——「外國法に於て其の類例を見ざる所なり」³⁰³と手厳しい。あるいは、⑥戸主権制度がもつたら「家」そのものの維持・継承を目的としているがゆえに——そのことによって天皇制国家体制を支えることを窮極目的としているがゆえに——その「目的」のために「養子制度」（同法837条以下）が設けられていることは、弊害の累卵を生み出すことにはかならない³⁰⁴。最後に、⑦戸主権制度の、いわば最大の特徴であり最大の弊害は、封建遺制的な「家督」の「長男子単独相続制度」を必然化していることにある。すなわち「是れ蓋し封建制度の遺習に出づるものなり」³⁰⁵

302 岡村は、明治民法813条7号の「虐待」者ないし「重大ナル侮辱」者が「第三者」たる舅姑であることの「奇怪さ」に着眼している。岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）446頁参照。

303 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）445頁。

304 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）447-452頁参照。岡村は「戸主にして子なき者は他人の子を養ひて其の家を繼續せしむることを得。故に養子制度も亦戸主制度の結果として當然生じ来るべき所なり」（岡村447頁）としつつ、様々な形態での「養子制度の濫用」をもって「民法の妄濫」と規定している（岡村同頁）。なかでも明治民法が、私生子と庶子の区別をしながら（同法827条以下）、私生子を「養子」となし「嫡出子」となしうることの矛盾・弊害を糾弾している（岡村449-450頁）。他方、明治民法874条で養子が「戸主」になった後は「離縁ヲ爲スコトヲ得ス」と規定されていることの副作用も指摘している。すなわち同条は、「戸主の地位の安定を保障するの主意」（岡村451頁）から明文化されたところ、養子がこの規定を「濫用」し、新戸主となったあとに養親を「虐待」したり、あるいは「家産を蕩盡する」などの悪行を働くことが多い、という（岡村451-452頁）。これに対し、内田・前掲書（前注247）180-181頁は、穂積陳重の「養子制度肯定論」に言及している。そして、みずから養子体験をもつ陳重にとって「家存続のための養子制度」は、「文字通り生きている制度」であり「厚く扱（う）」べきものであるとされ、反対論に耳を傾けながらも、彼は結局のところ「自らの人生の中で生きている制度を否定することはできなかった」と述べている（括弧内・引用者）。ここでは個人的な感傷論も織り交ぜられているが、あくまで内田・前掲書による陳重「養子制度論」の核心は、あくまで「家」の存続にあり、日本における「家族法のかなめ石」（内田180頁）としての位置づけから引き出されている。

305 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）453頁。なお1899年の岡村『法學通論』（前注8）563頁以下にも、「家督相續」に関する記述があるが、そこでは批判的観点はほとんど示されていない。それに対し1913年「戸主制の存メ

という。

これとの関連で、岡村の「家督相続制度論」を次にみよう。

<v> 岡村「家督相続制度」論

岡村の「家督相続制度」への批判的態度は、これまで考察してきたことから明らかである。それは「戸主権制度」と不即不離の形で結びついてきた。また「家督相続制度」も「戸主権制度」も明治民法の「家」本位主義の必然的所産であった。

岡村は、その「家督相続制度」論³⁰⁶で、もっぱら歴史的考察に重点を置いている。明治民法上の家督相続制度の問題性は、もっぱら「戸主権制度」の批判的考察の箇所を試みられている。その概要は、本稿でもあらかじめ示した。ここでは岡村の歴史的観点を、その人類史的視野・世界史的視野から辿ってみるにとどめる。すなわち、ヨーロッパで開花した人類文明の起源はインドにあって、インドからゲルマン民族が西方へ移動した。そのインドでは、独特の「祖先教」思想によって「家」も「婚姻」も、さらに「相続」も規律されていた³⁰⁷。岡村によれば「其の後漸く變遷して家族共産の

ゝ廢」では、「家督相続は根本的に之を改むるの必要あることを主張す」と明確な立場を示している。上記本注『民法と社會主義』453頁は、1907年の「我が民法に於ける戸主制度」の記述であって、そこでは戸主制の弊害として「長男子単独相続制度」=家督相続制度を批判していた。視点は、若干異なるが、1902年9月欧州留学から帰国後、岡村のより徹底した「家」制度批判及び「戸主権制度」批判の方向で、彼の家族法観に変化があることは、確かであると言えよう。この点、本稿前注269も参照。

306 論文の正式な題名は「長子相続の起源」である（初出は1907年〔明治40年〕）。岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）457-479頁。

307 岡村は「マヌーの法典」に注目している。古代インドの「マヌー法典」では、「家」は祖先の祭祀を司ることが使命であり、そのため長男子が「家」を継ぎ、そのために「婚姻」し「子」を設けた。ゆえに「夫は子なき妻を離別すること」ができた。祖先祭祀は長男子の仕事であり、その権限に属した。岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）278-279頁参照。なお「マヌー法典」については、戦後早くからわが国でも翻訳されている。田辺繁子（訳）『マヌの法典』（1953年）参照（家長の祭祀権につき83頁、不妊妻の離別につき273頁、長男子相続につ

制度」へと至った³⁰⁸。そこでは「土地及家屋は家人の共有にして家長たる父は單に之を管理する」に過ぎなかった³⁰⁹。「土地及家屋」を処分するには「家人の同意」が必要であり、父親が死んで長男がそれを相続するが、あくまで「管理権」を相続するだけであった³¹⁰。ところが、その後「中古暗黒の世」が到来するや、封建制度の確立と共に「厳格なる長子権」が発生した³¹¹。すなわち「諸侯は専ら其の勢力の扶植を圖り、唯其の或は失墜せんことを恐れたるが故に、其の死するや領地は之を諸子の間に均分せずして獨り之を長子に傳へたり」³¹²。こうして封建的主従関係の確立と併せて、封建領土の世襲制度が「長子権」を梃子に構築されていった。ただし岡村によれば、「當時に在りては公法及私法の別未だ明ならず。乃ち諸侯が其の土地領有權を長男子孫に傳ふるが如きは公法上の關係にして、私法上の相續權と相渉らざるなり」³¹³と述べている点に注意が必要である。すなわち、公法私法の混交・未分化は、封建領主の権力が——その領有する土地支配權を媒介に——公的であると同時に私的に行使されていたこと、かつまた他方で、その支配を受ける農奴が——封建的土地領有への農奴の

き276頁以下)。最近の翻訳として、渡瀬信之（訳）『マヌ法典』（2013年）がある（家長の祭祀權につき95頁、不妊妻の離別につき319頁、長男子相続につき323頁以下）。なお、マヌ法典では「長子単独相続制度」が規定されているわけではなかったものの、実質的に様々な形で「長子の優位」が説かれていた（田辺・訳、渡瀬・訳いずれも「長男子相続」の箇所にて記述されている）。

308 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）462頁参照。

309 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）462頁。

310 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）462頁参照。「土地・家屋」以外の動産は、相続時に諸子に均分された。

311 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）462頁参照。その箇所では岡村は、中世封建制の確立によって「全然従来の制度を一變せり」と述べる。彼は、古代ローマ法のもとでも「相續に關して些も長子權の痕迹を認めず」と言っている。岡村・前掲書457頁。この点、原田・前掲書『ローマ法』（前注289）330頁も同旨を説く。

312 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）462-463頁。

313 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）463-464頁。

人格的隷属を通じて——公的かつ私的な身分上の経済的・法的諸拘束を受けていたことと不可分一体であった³¹⁴。岡村は、さらにこうも言っている。——「(家臣及び小作人が納税兵役の義務等に服する職分は土地所有権から派生する公法的・私法的属性であったがゆえに)土地の所有権も亦長男子一人のみ之を相續すべきものと爲せるなり。是れ今日の法律より見れば公法竝に私法の關係を混淆するものなりと雖も、此の如くにして長子相續の制度は當時に盛行したりしなり」³¹⁵(括弧内・引用者)。わが国でも源頼朝＝鎌倉幕府体制以来「漸く封建の形を成す」に及んで「相續制度を一變し長男は総領と稱し、父祖の身分職位を承継したるは勿論其の財産の全部を相續し、次男以下は一物をも得ること能はざりき」³¹⁶という事態を生み出した。ところが

314 たとえば磯村哲「近代法に於ける公・私法の分化について——中世法への對比を中心とするスケッチ」私法第1巻(1949年)57頁以下、特に61頁参照。その箇所では磯村哲(1914-1997年)は、こう言っている。——「政治的権力が、まさに政治的権力として、形式・構造上個人的支配権でありつゝ、(近代的範疇に近寄せてみれば〔中略〕「私法的」でありつゝ)、而かもその機能に於て政治的・公法的支配を果たすところに〔中略〕、従つて亦この面に於て支配組織の全體＝政治團體も「國家性」を保持するところに、中世「公法」「國制」の特殊性が存在する」(傍点及び丸括弧内・原論文)。あるいは「政治的権力が、公法的機能を営みながら、その形式・構造に於て他の「私」権と峻別せられることなく、且つ機能面に於てもなほ私的側面を内含するがごとき支配組織を対象とする法に對して、われわれは、純粹公法形成の不可能＝公・私法の混淆を語り得るのである。翻つて、この反面が、同時に、純粹私法形成の不充分さを意味するものであることは、瞭かであらう」(傍点・原論文)。その他、「封建制社会」とは何かを問ひかけ、さらに「封建制社会と国家権力」との關係につき、それを「法的構造」の視点から考察する世良晃志郎『封建制社会の法的構造』(1977年)7頁以下及び19頁以下も参照。なお封建制度の上記論点に関する経済史的・政治史的構造面については、吉岡昭彦「西ヨーロッパの地主制」大塚久雄＝高橋幸八郎＝松田智雄(編著)『西洋経済史講座——封建制から資本主義への移行・Ⅲ』(1960年)115頁以下、藤瀬浩司「東ヨーロッパの農場領主制」大塚＝高橋＝松田(編著)・前掲書139頁以下、さらに高橋幸八郎『市民革命の構造(増補版)』(1966年)216頁の「封建的農奴制」(feudal serfdom)の分析を参照。

315 岡村・前掲書『民法と社會主義』(前注20)464頁。

316 岡村・前掲書『民法と社會主義』(前注20)474-475頁。岡村は、これが徳川幕府体制下で「長男の全財産相續主義」として固定化されたという。

「明治維新」後、「封建制度は瓦解したりと雖も」、なお（封建遺制たる）「長子相續の制度は尚ほ一般に行はれたり」³¹⁷。これでは「封建時代と同じ」ではないか。つまり「我が家督相續の制度は全く封建制度の精神に本づくものなり」³¹⁸と述べる。こうして封建制度打倒の上に成り立つはずの「明治維新」による王政復古を前提とするなら、封建的「家督相續制度」を廃止し、むしろいにしへの「王朝の制度」に文字通り「復古」してはどうか³¹⁹。これが岡村の主張であった。具体的には「戸主」の身分は残して、その身分（管理権能を中心とした形式もの）のみ長男子が相続し、「其の財産」はことごとく「均分相續」させよ、と提唱している³²⁰。この岡村の見解はそれ自体妥協的であり、不徹底きわまりない。ただし、岡村が明治維新の「王政復古」を皮肉って、封建諸侯に代わる天皇支配体制下では、せいぜい大宝律令の相続制度³²¹への回帰がふさわしいのではないかと、比喩的に主張した節がみられないでもない。この岡村の「戸主権」改革論は、かなり微妙な側面を残しているように思われる。

（d）岡村司『民法と社會主義』を振り返る

こうして筆者（川角）は、本稿で岡村の民法理論を『民法と社會主義』に即して辿ってきた。すなわち、岡村の著作を通じて、近代市民法の骨格を形成する「所有権」・「労働契約」・「家族法論」のうちに分け入ったことになる。その論旨たるや、いくぶん素朴であり、かつ天真爛漫たるもので

317 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）475頁。

318 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）476頁。

319 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）477頁参照。

320 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）477頁。

321 岡村・前掲書『民法と社會主義』（前注20）474頁参照。そこで岡村は、大宝律令の相続制度としては「継嗣相續」と「應分相続」に二種類があったという。「継嗣相續」は「家督相續」と異なり、中國大陸の古い相続形態たる「宗祧相續」に近いものであって長男が祖先の祭祀を司る地位と権限を承継するものであった（岡村・前掲書468頁参照）。これに対し、「應分相続」は均分相続、すなわち共同相続を指す。

あった。岡村は、「所有権」論では「労働説」を内在化せしめた「人性説」を主張した。また「労働契約」論では「労働能力」に加えて「工場規則」（「就業規則」）及び「集合契約」（「労働協約」）を、労働契約の成立要件のうちに組み入れるべき理論構築を模索した（これは、いまなお「労働法学」においてアクチュアルな課題であるように思われる³²²）。こうして、今なお議論されて続けている「所有権論」・「労働契約論」に先鞭をつけただけでなく、広く世界的視点・人類史的視点から大胆かつ緻密な問題提起を行った。また「家族法論」でもそのような視野の広い観点に立って「家族制度の變遷」を概観し、「親族制度の将来」を「家」から婚姻基軸のファミリー本位へ

322 この点、わが国の代表的な労働法学者である片岡昇の発言に注目しておきたい。片岡は次のように述べている。——「個人の自由の重視という問題に立ち返って考えますと、たとえば労働法理論において労働契約論をどう構成するかという問題になってきますし、組合内部における個人の権利なり自由なりをどう構成するかということにもなる。ところが、八〇年代の多数の労働者は、企業社会における日本的労使関係という特殊な集団主義のなかに取り込まれていたわけで、こうした実態を見すえながら、真に労働者個人の自由とか自立を実現するにはどのように理論構想をおし進めるべきかを改めて考え直すべきではないかと思われます」。法律時報1998年70巻12号所収の「〔座談会〕民主主義法学と法律時報七〇年」（渡辺洋三・長谷川正安・片岡昇・室井力・清水誠）60頁以下、特に68頁。なお、「自己決定は、規制によって支えられると同時に、必要な規制や連帯を確立するための前提条件でもある」というライト・モティーフの下で展開される、西谷敏「規制が支える自己決定・労働法的規制システムの再構築」（2004年）及び同「労働契約法の性格と課題」西谷＝根本（編）・前掲書（前注220）1-27頁も参照に値する（西谷敏の后者の論稿では、その冒頭で現行「労働契約法」〔なかでも就業規則に関する規定〕が多くの労働法研究者から「強い異論」が表明されたにもかかわらず、その成立が「乱暴な形」で「強行」された有様を伝えている）。現行「労働契約法」が抱える問題はなお検討を要するとはいえ、明治末期に岡村司が構想した未完の「労働契約論」が、わが国労働法学の内部でようやく実を結ぼうとしているようにも思われる。なおこの点、上記西谷敏の業績に加え、ドイツの「伝統的人格法的労使共同体関係理論」の批判的検討を前提にわが国労働契約における「私的自治」・「契約意思」の問題の仕方の固有性を指摘する和田隆「労働契約の法理」（1990年）190頁、及びフランス就業規則法制を踏まえて展開された矢野・前掲論文（前注220）が、併せて参照される必要があろう。

とく転換>すべく提案した。さらに「女人解放」もリアリスティックな歴史的視点から「真の女性解放の時代」を展望した（なかでもチェルヌイシェフスキーからの引用は、きわめて印象的な記述であった）。さらに「戸主権制度」批判と「家督相續制度」批判は、岡村によって最も重点的に試みられた。なるほど岡村の論旨には一種錯綜した側面もあった。にもかかわらず、基本的に現行の「自由婚姻・自由離婚」・「夫婦対等」・「親子対等」の下での親権行使」さらには「共同相続」への道筋を——明治末期から大正初期の時点において——切り拓き、さらに将来に向けて「展望」していた、と言ってよいだろう。

その全体を通じて基本線となったことは、平等な諸個人の尊厳・男女平等及び夫婦対等・個人の自由の尊重・権利擁護と「社会連帯」（岡村なりの「社会契約理論」の発露であり、その亜種であったと思われるところの思想）との相互的なくリンク>であったように思われる。その点で岡村司こそは、わが国「市民法学」の文字通りの先駆者であった。素朴な分だけ、大胆であった。漢籍の素養を持つ岡村の文章は流麗であり、かつ力強い。また、彼は惜しみなくフランス・ベルギー等の文献のみならず、ドイツ・イギリス・アメリカの文献を貪欲に渉猟した。ラテン語も使いこなしたに違いない。同時に解釈論的センスの鋭さ及び奥深さも見せつけた。かくて彼は、明治末期から大正デモクラシー期において希有な市民法学者であった。にもかかわらず、それ以降、中島玉吉による家族法論の承継以外に、岡村の業績が顧みられることがなかったのは不思議である（かりに岡村の著作に目が向けられることがあっても、その仕方はきわめて断片的であったように思う）³²³。岡

323 岡村「労働契約」論に関しては、たとえばその就業規則（工業規則）の契約的把握につき、「古くはさしたる議論をすることなく簡単にこれ（就業規則）を労働契約の条件」（括弧内・引用者）と解した上で「単純な契約論」を主張する学説が「存在した」、とされる。そして、その代表格として岡村司の「労働契約」説が引用されている。たとえば、諏訪康雄「就業規則」労働法文献研究会『文献研究労働法学』（1978年）82頁（原論文初出は1973年）。こうして、この諏

村の業績は、アカデミズム法学（通説的民法学）のみならず、いわゆるマルクス法学からも無視されたようである（ただし清水誠〔1930-2011年〕の岡村評価³²⁴は別である）³²⁵。

ㄨ 訪論文では岡村の「労働契約」論が参照され、引用されている。それだけでも、諏訪論文はその価値が承認されるべきであり、戦前から戦後1973年までの「就業規則」に関する学説・判例の綿密な紹介と整理がなされている点で、きわめて貴重な業績であると考ええる。にもかかわらず、この諏訪論文では、約款的「就業規則」論（＝約款的「契約」説）と岡村「労働契約」説が同一線上に捉えられている。これは、いかがなものか。この点、諏訪・前掲論文同頁で、岡村と共に「契約説」として引用される関論文・塚本論文が「約款的」就業規則論の立場に立つものであることは確かである。しかし、この「約款説」と岡村説（「労働契約論」）を同一視すべきではあるまい。ちなみに岡村は——すでに本文でも示したように——「警察的規則」としての法規範説を視野に入れつつも、独自の個別的及び集团的「契約説」を展開し、模索したのである（「就業規則」という使用者側の約款的個別労働契約への組み入れ、及び「労働協約」という集团的契約の個別的労働契約のための再編成のための論理構築）。その内容はたしかに素朴であったが、ドイツ・ベルギー・フランスの「就業規則」を参照しながら、労働組合ないし関連する労働部門との「就業規則」制定時・変更時の交渉義務（「関係労働者の意見を徴して之を参考に資すべきこと」岡村・前掲書「民法と社会主義」〔前注20〕237頁）などを指摘した。これはきわめて重要な事実であった。さらには契約成立時・変更時の就業規則の「交付義務」に着目したことも無視できない（「新に就業せる職工には規則書を交付することを要す」岡村・前掲書229頁。「各職工は其の（就業規則の）謄本を受くるの権利を有す」岡村・前掲書233頁）。なるほど岡村は、「就業規則」の作成・変更にあたって、使用者が労働者側と「合議」すべきことまでは要求しなかった（岡村・前掲書238頁）。また岡村は、使用者による「重要事項」の説明義務も語っていない。しかしながら岡村は、少なくとも「約款的」就業規則をそのまま肯定的に語っているのではない。就業規則を、労働契約の内容に取り入れ、労働契約の内容としての法的効力を認めるための法的要件は何か。この問題を——労働協約（「集合契約」）論の展開をも睨みつつ——明治末期に根底的に考え抜こうとした岡村の姿勢に学ぶ必要性はもはやないのか。本稿は、このことを問いかけている。なお、本稿前注322も参照されたい。

324 本稿前注1の清水誠論文を参照。

325 岡村司「民法と社会主義」に収められた諸論稿は——この点、繰り返し強調することになるが——いずれも現在の到達点からすれば素朴であり、単純であったかも知れない。しかし、それらはすべて明治末期・大正初期の時点で「市民法学」の端緒を切り拓く優れた著作ばかりであったと思う。とりわけ——その

ともあれ、本稿で筆者は、可能な限り岡村司が参照した文献を追体験しながら、岡村が明治末期の時点から大正デモクラシー期にかけて抱いていた「大志」を確認しえたように思う。そして、その「志」の大きさに胸を打たれつつ、改めて筆者は「岡村司のごとくありたい」という願いに確信をもった。この「願い」を、常に念頭に置いて本稿続編の完成を旨とし前進してゆければと思う。

次号では、大正デモクラシー期のさらなる「市民法学者」として、末弘厳太郎に目を移し、考察する予定である。

（未完）

ㄨ の最終的な評価は労働法の専門家に委ねざるをえないものの——岡村「労働契約」論は、その契約思想の首尾一貫性において、なお今日的意義をもつべきものとする（この点、本稿前注322及び323も参照）。なるほど、この岡村「労働契約」は未完の論稿である、にもかかわらず、これを『民法と社会主義』に収めてくれた編者・中島玉吉と河上肇に、筆者（川角）は限りない感謝の意を表したい。