649
123

0014356000

0014356-000

649－123

日本担保法史序説

小早川欣吾・著

大阪宝文館

昭和８

ACE

京都帝國大學
法學部講師 小早川欣吾著

日本擔保法史序說

東京
大阪 寶文館、版

父母に捧ぐ

649-123

序

本著は現行法に所謂、任意物的擔保に關する我國の史的發展を論究せんとする意圖の下に着手されてゐる。任意物的擔保展開の最先端に位置する抵當權が近代資本主義社會機構内に於て果す役割は極めて注目す可きものがある。既に擔保權は物の所有に基く派生的權利に非らずして、所有權と對立す可き社會的意義を有する權利であるとさへ考へられ、物の本質の二面性——殊に價値權重要性の發見は過去の法的構造に一の動搖をさへ與へんとしてゐる。卽ち過去に於けるあらゆる法的構成は大磐石の如く見えた所有權の絶對性を基礎として組成されたが、やがては資本主義の發達に順應する擔保の前面進出に依り、それも破綻を免れぬであらう。自分はかゝる注目す可き先天的性質を具有する擔保の生立を觀んとして本稿に着手した。

たゞ本著は日本擔保法發展過程の輪廓大樣を整理叙述したに過ぎざるもので あるが故に「序說」と名付けられてゐる。自分は本著を基底として郢書燕說を訂正

し、尙一層の檢討を積んで我國擔保法史の細點に到る迄究明を持續する心算である。かゝる企圖の下に本著は資料文獻を可及的に忠實に揭載し、他日考究の緣に資した爲め、豫期以上に頁が增加した。元來、自分は文獻が歷史分野に持つ役割を重視してゐる。勿論文獻の考證は飽く迄歷史夫れ自體ではないが、文獻の考證は歷史の必須的先行條件を形成するかに見える。文獻に對する必要にして且充分な素地なくして、此れに立ち、此れに制約されざるを得ない宿命を負ふ歷史敍述をなし得ず、而も徒らに空疎な現實性なき理論を玩び自己陶醉に陷る結果を招かう。故に自分は一應如上の立場に於て文獻的に我國擔保の發達過程の大樣を纏めたのである。然れ共魚豕の誤もあらん事を恐れてゐる。

次に本著は多くの先學の業蹟の上に建設されてゐる。殊に東京帝國大學法學部敎授中田薰博士の擔保に關する諸論文は本著が負ふ所最も大なるものであつた。記して遙かに其の學恩を感謝し度い。

尙自分は京都帝國大學法學部を卒業後、同學部敎授中島玉吉博士の指導を受く可く命ぜられ、同時に同學部敎授牧健二先生指導の下に日本法律史研究の一途に

發足した。爾來先生の叱正鞭撻を受け今日に到つてゐる。本著は其の一里塚とも言ふ可きもので覆瓿の文、取る點ありとせば先生の賜である。此處に先生に對し海山の御恩訓を深く感謝すると共に他日草を結ぶ決意を表する次第である。

乍末筆、本著執筆に當り法學博士末川博先生、東北帝國大學法文學部敎授栗生武夫博士、京都帝國大學文學部助敎授中村直勝先生、其他同學部古文書室の諸君に多大の御敎導或ひは御配慮を得た。併せて御禮を申述ぶる次第である。

昭和八年十一月

小早川欣吾誌

目次

序……（一）

緒論……（一）

第一編　上古……（九）

第二編　中古……（一三）

緒言……（一五）

第一章　物的擔保……（一三）

第一節　動產擔保……（二五）

第二節　不動產擔保……（四〇）

第三節　期間及び利息……（四八）

第四節　公家法期に於ける物的擔保……（六七）

第二章 人的擔保……(九〇)
第一款 總說……(九〇)
第二款 人身の擔保……(九〇)
第三款 保證……(九六)
第一項 保證制度……(一〇五) 第二項 保證の性質……(一〇九) 第三項 連帶保證と分括的債務……(一一七)
第三編 中世……(一二三)
緒言……(一二三)
第一章 物的擔保……(一二五)
第一節 動產擔保……(一二五)
第一項 動產擔保の性質……(一三五)
第二項 動產質設定の行爲……(一三五)
第一目 形式的行爲……(一三五) 第二目 實質的要件……(一六〇)
第三項 期間及び利息……(一六四) 第一目 期間……(一六四) 第二目 利息……(一七〇)
第四項 質權者及び質置人權利義務……(一七九)
第一目 質權者の權利義務……(一七九) 第二目 質置人の權利義務……(一八四)
第二節 不動產擔保……(一八五)
第一項 總說……(一八五)
第二項 不動產擔保の性質……(一九一)
第一目 種類……(一九一) 第二目 所領の質入……(二四〇)
第三項 不動產擔保設定の行爲……(二五七)
第一目 形式的行爲……(二五七) 第二目 實質的要件……(三一二)
第四項 期間及利息……(三三三)
第一目 期間……(三三三) 第二目 利息……(三四九)
第五項 擔保權者及び義務者の權利義務……(三六七)
第一目 擔保權者の權利義務……(三六七) 第二目 擔保義務者の權利義務……(三七九)
第二章 人的擔保及び其他の擔保……(三八八)

第一節 人的擔保……(三八八)
第一 中世の人的擔保の特質……(三八八)　第二 人的擔保の形式……(三九七)
第二節 保證……(四〇〇)
第一項 保證制度……(四〇〇)　第二項 保證の種類……(四〇二)　第三項 連帶債務……(四一五)
第三節 文書の質入……(四二四)
第四節 權利の質入……(四三四)
第四編 近世……(四三九)
緒言……(四四一)
第一章 物的擔保……(四四一)
第一節 動產擔保……(四五一)
第一項 動產擔保の性質……(四五一)
第二項 動產質設定の行爲……(四五三)

第一目 形式的行爲……(四五三)　第二目 實質的要件……(四八八)
第三項 期間及び利息……(五一三)
第一目 期間……(五一五)　第二目 利息……(五二〇)
第四項 質權者及び質置人の權利義務……(五二九)
第一目 質權者の權利義務……(五二九)　第二目 質置人の權利義務……(五三八)
第五項 動產質の消滅……(五四〇)
第二節 不動產擔保……(五四三)
第一項 總說……(五四三)
第二項 不動產擔保の性質……(五四三)
第三項 不動產擔保設定の行爲……(五五一)
第一目 形式的行爲……(五五一)　第二目 實質的要件……(五六二)
第四項 期間及び利息……(五九八)
第一目 期間……(六八八)　第二目 利息……(六九九)
第五項 擔保權者及び義務者の權利義務……(七〇五)
第一目 擔保權者の權利義務……(七〇五)　第二目 擔保義務者の權利義務……(七二五)

第二章　人的擔保……（七四三）
第一節　人身擔保……（七六九）
第一項　保證制度……（七六九）　第二項　保證の性質……（七七三）　第三項　連帶債務と分括債務……（七八一）
第三章　其他の擔保……（七八九）
第一節　財產權の擔保……（七八九）
第二節　船舶の擔保……（八一三）
第三節　名譽の擔保……（八二〇）
第四節　包括的財團の擔保……（八二二）
結　論……（八二九）
第一項　我國擔保法の特質……（八三一）
第二項　擔保發展の過程……（八四四）
重要引用圖書・論文・文書目錄……（八五一）

緒　論

現行法上擔保物權は債權擔保を目的とする爲めに存在する他物權である。留置權、先取特權、質權、抵當權の四種はこれに屬し、尙鐵道財團、工場財團、鑛業財團、軌道財團、輕便鐵道財團も亦特別法に認められるゝ擔保物權であつて、用益物權と對立して現行法上に規定されてゐる所である。そして擔保物權は債權に從たる物權であるのだから、被擔保債權なしに獨立して存在する事が出來ぬ。此れを擔保物權の從屬性と稱せられてゐるが、人的擔保である保證債務に於ても、保證せらるべき債權を基礎として存在するのであるから、保證債務も亦附從性を有してゐるのである。卽ち物的擔保(Sachhaftung)、人的擔保(Personalhaftung)共に債權に從たる權利並びに人的擔保に就てのみ論考される所がない。此の理由は一應擔保を國語上の「質」と同一義に解釋し、最も普通に理解されてゐる「質」に就いての史的發展を考察せんと志向したものであるからである。國語の「質」の語義は或ひは現行法上の所謂質、卽ち質權者は其の目的物を占有し又は事實上支配する意味に用ひられてゐる場合と、現行法上の所謂

抵當、卽ち抵當權者に目的物の占有を移さずして設定せられる場合、と兩方に混用せられてゐた。極最近に到る迄かゝる傾向は觀取されるが、斯の如き意味合を持つ「質」概念の發達が我國固有法史上——尤も固有法といつても中古初頭に唐から法典を繼受する事によつて多分に支那法の影響をば受けてゐるが——に如何に現はれてゐたかを觀察せんとするのである。だから以下使用されてゐる擔保の意義は大體國語の「質」の語義に用ひられてゐる事を豫め了承されたい。

尙「抵當權ほど經濟と法律との間の交互作用に役立つ權利は他になからう。」と論じた學者もあるが[1]同時に自分は更に擔保に此の一句を借用して「擔保ほど一切の生活と法律との間の交互作用に役立つた權利は他に例が少なからう。」と云ふ事が出來ると思ふ。初め經濟關係の發達しなかつた時代のどこの歷史を見ても、先づ人的擔保が發生してゐた。此の事實はゲルマン法[2]、又其の分法であるアングロサクソン古法、[3]西南アジア古代法等[4]も皆同樣であつて、債權は保證人の人的信用を基礎として締結されたのである。物的擔保が行はれる樣になつて人的擔保は次第に保證債務の性質をのみ帶びる樣になつた。此の事は實に擔保が社會の經濟的地床の反映を最もよく現はしてゐる行爲の一であると云ふ事を示してゐる。勿論我國の物的擔保の發展過程に於ては、動產擔保には質形態が最も普通に行はれ、不動產擔保には質形態及び抵當形態が並び行はれてはゐる。併し中世後半後突如として動產質の異常なる發達があり、質屋業の制度が重要な金融機關として發現した事實は當時に於ける港灣都市の勃興と切り離しては考へる事が出來ないし、時代が經過するに從つて不動產に抵當形態の遞增を見てゐる事は、不動產の金融上の利用物體たる側面が强く見られて來た事を指示してゐる。而も尙、貧富兩階級の對立の激化は實に擔保流に依る財貨の一方的集積の事實を除外しては到底完全に理解し能はない所であらう。又近代に入り資本主義社會の發達すると共に必然的に生じた大規模の金融業者にとつては、總ての財貨はおしなべて擔保權の目的と化して見え、此等の財貨が經濟生活の內部に於て、種々の重要な役割を果すに到つてゐるのである。此等の故に擔保が法と經濟生活との交互點に立つて可成樞要な地位を占めてゐると見る事が出來るのである。假令若干現實の經濟生活と遲れてはゐるものの、現行民法に於ても種々の特別法に於て、例へば工

場抵當法、鑛業抵當法、鐵道抵當法、軌道ノ抵當ニ關スル法律、抵當證券法等を規定してゐる事は如何に種々の財貨が擔保の客體となりつゝあるかを示してゐるものである。

次に我國に於ては中世以後所有權を移轉する形式に依る一種の擔保である本錢返契約、本物返契約の慣行が夙に行はれてゐた。近頃我妻榮教授は「判例賣渡抵當を抽象的に解釋してこれを虛僞表示なり又は當法」[5]なる論文に於て、從來賣渡抵當脫法行爲なりとする議論の存するを退けられ、嚴正なる批判的態度を以つて其の性質を明白にされたが、實に賣渡抵當は我國固有法に嚴として存在した所である。[6] 而も史實は頭初より脫法行爲、虛僞表示として行はれたるものに非ざる事を物語つてゐる。尤も德政令の發布後、德政令の回避として利用された場合が甚だ多かつた事を認めねばならないが、これは偶々慣行されてゐた本錢返契約が德政令の條文上に除外されてゐたが爲めに利用されたものであつて、これが後に德政令に依つて禁止されても其の儘續行して慣行されたものである。爾來賣渡抵當の一種と目される本錢返契約は我國の擔保法史上に於て、經濟組織の發達に伴つて益々

重要な役割を果して來たのである。故に法律家は、敎授の主張される樣に、法を解釋する場合假令其の法が繼受法であつたとしても、法が現に行はれてゐる國家の固有法を一應吟味して見る必要がありはしないかと思ふ。

尙本論文の時代の區分方法に就いて一言するを要する。本論文は大體文武天皇三年迄を上古（紀元千三百六十一年迄）とし、大寶元年より壽永三年迄を中古（紀元千三百六十一年至千八百四十四年）とし、文治元年より慶長四年迄を中世（紀元千八百四十五年至二千二百五十九年）とし、慶長五年より慶應三年迄を近世（紀元二千二百六十年至二千五百二十七年）とした。そして明治以後は除かれてゐる。自分の初志は明治二十九年四月二十九日（紀元二千五百五十六年）法律第八十九號を以つて舊民法が發布された時迄を論考せんと企圖したのであつたが、今度は割愛する事とした。勿論此の最近世期迄論述する意圖を有してゐたのであつたが、今度は割愛する事に分つた理由は別段深い意味を有するものでなく、大體右に於いて一應充分擔保法史を叙述し得ると考へたからに過ぎない。こゝに時代を上述の樣に四期と比較研究する事をばせず、單に我國の法制史上に於ける擔保法の史的發展のみに止むる事にしたが、比較研究の方法に依つてより明瞭に我國の法形態の特徵、又

は相互同似性を認め得るものであり、從つて又我國の擔保形態をより明確に理解されるものであると確信するのであるが、此の方法亦用ひなかつた。たゞ自分は以下の論考に於て如實に示される様に、あまりに文獻を驅使し過ぎ、且又法曹的顧慮を多分に慮り過ぎてゐる。其の結果として法的形態の單なる外面的變遷史に墮してしまつた節も存在しないではない。此れ亦何れ改められる可き問題の一であると信じてゐる。

(1) 石田文次郎博士、**投資抵當權の研究**、二。

(2) Frust Weisel *Deutches Pfandrecht bis zur Reception des römischen Rechts*, 1881, 5 ff., Beyerle, *Der Ursprung der Bürgschaft*, (Z. S. S. XLVII.) 571 ff., Schröder-v. Künssberg, *Lehrbuch d. deutchen Rechtsgeschichte*, 6. auf. 67—68 ff.

(3) H. D. Hazeltine, *Geschichte d. englischen Pfandrecht*, 70 ff.

(4) P. Koschaker u. A. Ungnad, *Hammurabi's Gesetz*, Bd. VII. 20 ff.

(5) **松波先生還曆祝賀論文集**、四二三以下。

(6) 賣渡擔保の内容に就いては、**法律新聞**第三千二百六十五號(昭和六、五、二十三)の九五四頁に昭和五年(オ)第千九百二十二號の大審院判例が存在する。參照され度い。尙此等に關する判例は多い。

第一編　上古

此處に上古とは大寶律令制定以前を言ふ。此の期間の氏族社會の研究に就いては多くの視角から檢討が行はれ、多數の價値高き勞作が存在してゐる所であるが、法、殊に物權に關する法、債權關係の法が如何に發生し、如何に展開しつゝあつたか、といふ觀點から此の時代の社會を考究した價値ある論文をあまり吾人は持たない。此の理由は文獻的に徵證を探索する事が困難である事に先づ歸着するのであるが尙比較法制史、比較民俗學等の發達に依り解決さる可き問題である。たゞ此處に於ては吾人は先學の研究を基礎として我國の上古の社會が大體氏族社會であり、從つて氏族團體の生活維持の目的から、集團的生活を營み、氏族團體構成員の生產した財は總て氏族團體の共有財となり、此等財は又祖先神の祭祀に奉仕する家長の管理する所となつたいはゞ集合的財產所有の形態を採つてゐたであらう事を知り得るのである。併し乍ら上古といつても記紀に記載する初期に於ては既に動產に關しての所有の觀念が發生してゐて、あらゆる財、動產、不動產を問はず總ては氏族團體の財產であるとする形態は最早實際上行はれてゐない。卽ち動產に關しては特定の動產に勞作を加へた個人は、其の物の所有を認容される、

其の物の專用をなし得ると考へられてゐたし、土地の如きも、

『是後日神之田有三處焉。號曰天安田。天平田。天邑幷田。此皆良田雖經霖旱無所損傷。其素戔嗚尊之田亦有三處。號曰天槻田。天川依田。天口鏡田。此皆磽地。』

の如く、特定個人の所有の對象となり得た例さへある。併し乍ら土地の如き、氏族團體の生活維持上不可缺の基礎的物體は尙一般社會に於ては完全に個人の所有の對象になり能はなかつた。併し時の經過と共に個人の動產所有の內容は可成大なる範圍に迄擴張され、漸次殆ど總ての動產は個人の專有的財產に化して行つた。斯の如き發展過程に於て擔保の觀念の發生を見る。

併し乍ら以下吾人は此の過程に發生した擔保觀念の原型の跡付けに就いては後考を約し、本論文には中古唐法を繼受する事に依りて、我國成文法典が一應定則された以後の擔保法の發展に就き論述を進め度いと思ふ。從つて本論文は大寶律令編纂以後、卽ち大寶元年以後に於ける我國擔保法の發展史であり、且又いはゞ其の外史とも言ふ可きものである。

第二編　中古

緒言

我國中古の擔保に關する原則法は律令に規定されてゐる。[1] 蓋し我が律令法は、人も知る樣に、外國法である唐律令を母法とする繼受法であるから、假令我國情を斟酌してこれを削修した所が處々に存在してゐると稱しても、尙其の大部分に於て唐律令の色彩が極めて濃厚に現はれてゐる。[2] 此の唐律令は、當時經濟狀態が可成り複雜となり、其れを基底とする文化が極めて燦然としてゐた唐の社會に於て行はれた法典であるが、唐と比較して未だより經濟狀態も單純であり、且、文化開明の度合に於ても劣つてゐた我國に、直ちに採つて以つて施行する事が出來たか否か尙疑ふ可き所があると考へられる。憶ふに我國の當時に於ては、實際上に於て、上古より次第に經濟樣式の變化の經過に伴うて釀成蓄積されてゐた傳統的な素朴形態の不文な法律行爲が、根强い慣習の力に支へられて一般社會に行はれて居たものであらうと想像する事が出來る。おそらく此等の私法的の地方慣習は、律令法の發布に依りて直ちに排斥されたものに非ずして、民間に於ては實際的、又第

一次的な法律行爲の規範として其の效力を永く存續してゐたものであらう。併し乍ら、新に發生した法律行爲が、其の準據とす可き舊慣の存在せぬ場合、又爭訟發生の場合に其の理非を決斷す可き根據の慣習が存せぬ時等は、律令法規に定むる所に從つて、法律效果の基準を決定してゐたものであらうと考へる。併し我國に於ける當時の私法的慣習、殊に本論に於て取扱はんとする擔保行爲が、如何なる形態又は手續に依つて行はれてゐたか、明確に知悉するは不可能の事に屬するから、吾人は原則として單に律令格式に表示されてゐる法條の單なる解釋に依りつゝ、當時の擔保法の概念を究明して行き度いと思ふ。

併し乍ら此等の擔保行爲も中古後半の所謂公家法時代に入つて來ると、律令格式法上の擔保形態と稍〻異なつたものとして現はれて來てゐる。其の形態に於て、文書質が發生し、其の手續に於て、中世武家法時代に最も普通に行はれた樣式の證書作成行爲が發生してゐる。蓋し此等の行爲は、社會經濟狀態の變轉に伴うて次第に其の需要に逼まられて發生したるものであつて文書質の發生も其の一である。

當時律令格式法は形式的に尙原則法として、其の存在を持續してゐたが、庄園社會の現出後は、其の實質的機能を殆ど全く喪失して殘骸化し、新に發生した所謂慣習法的公家法がこれに代位して行はれたのである。此の樣な法律性格の變質は、擔保形態自體にも現はれて、我國庄園社會の特殊性より濡由する慣習法的色彩の極めて濃厚な擔保形態を現出せしめてゐるのである。此等に關しては個々の細點に就いては未だ盡さゞる所甚だ多きも、後述する所に讓らう。

尙、我國民は一般に擔保を法律的概念として明確に構成してゐなかつた樣である。此の事は多くの諸國に於ても其の比較的初期の段階に於ては、共通して觀取する事が出來る現象であるけれ共、我國に於ても、質と抵當、又保證等の夫々の間の法律的解釋に就ての認識が、極めて漠然たるものがあつた。此れは當時の生產段階に於ては、未だ爾く擔保行爲、殊に一般的に法律行爲を、概念的に個別視し、これを明細に區分して考へる必要を認めざりし爲めであらう。おそらく、當時質と一般に稱せられてゐた概念は、行爲のみを意味するものに非ずして、主として物を意味してゐたものであらう。卽ち或る一定の債權關係に保證(擔保)が附加された場合

は、此等の保證が包括的に質と稱せられてゐたものゝ様に想像される。保證は勿論、債務履行の間接的强制手段として設定される行爲であつたが、其等保證客體を債權者が契約と同時に占有するか否かの問題は、契約自體を構成する主要的要件ではなくして、或る債權關係に若し物的(勿論、不動產、奴婢。)又は人的の保證が提供されてゐる場合は、總て其等の物的又は人的の保證客體を質と觀念し、延いては此等の行爲自體迄も、漠然と質と總稱するに到つたものと推察される。故に債務と擔保行爲成立の根本的要素ではあつたが、質を、狹義の質と抵當とに概念的に、明確に分割して認識する事は、到底當時の者の爲さゞりし所であつたと同時に、當時の經濟的、社會的狀態では、夫自體は左程重大なる意義を有するものではなくして、比較的後世に於て經濟關係に職由して社會生活が複雜化するに及び包括的なる質概念が內部的により細密なる概念に分裂されるに到つて、夫々が次第に明確な性質を異にする概念として、解釋對象となるに到つたものと考へる。殊に我國に於ては、債務契約と保證契約との區別が、明確に意識されてゐなかつた様である。此の原因は、或ひは法形態として保證契約が、絕對的に要式行爲でなかつた事に歸因するのかも知れない。

又我國中古に於て、擔保に甚だ似たる行爲に出擧と稱するものが行はれて居た。此れは普通に、一種の利息附消費貸借と見られてゐる行爲であるが、往々にしてこれに擔保が附加された場合が存在してゐた。抑々出擧の名稱は支那に於て夙に用ひられた所で、唐律令繼受と共に、其の名稱が我國に傳播されたものであらう。既に孝德天皇大化二年三月の條に「宜罷官司處々屯田及吉備島皇祖母處々貸稻(イラシイネ)」とあるが、此れ亦支那の影響を受けてゐるのである。此のイラシイネのイラスは新撰字鏡(天治本卷十)に「貸(借與於人、伊良須)」「貸(借取於人、伊良不須)」とあり、又色葉字類抄(黑川本卷上)に興販、出擧、斑給何れもイラスと訓じてゐる。伊呂波字類抄は「偁イラス擧、息、量、盛、販、遠、藏、貸已上同。」とあり、字鏡集も亦擧をイラスと訓じてゐる。卽ち日本古語大辭典の著者が、袖中抄を引用して「次の收獲を抵當(アテ)にして米(又は金錢)を前貸することをイラシイネと稱へたのであらう」と解せる様に、稻粟を貸與して利息を徵收(擧)する事を、國語にイラスと稱し、(倘、靈異記中卷第三十二條參照)、正に唐制の稻粟出擧を、我國に於てイラシイネと稱したのである。[3] 此の出擧も當時、公法的なる性質を帶ぶ公出擧が、私法的關係の元に行

はれた私出擧に對立して存在してゐたが、此等に夫々擔保附のものがあつた。此等の出擧は律令法に於ては、全く質と同一の條文を以て規定されてゐたから、間々此等の出擧にも言及する場合がある事を一言して置き度い。

こゝに尙注意す可き人的擔保の行爲が存在する。我國に於ける人的擔保の起源は法的觀念としては、主として債務に原由する夫であり、刑罰其他の理由に依る人的擔保行爲は其例が甚だ乏しい。人的擔保は、發生史的に觀ると、物的擔保に先行する行爲であるが、比較的文化の開明せざる國に於ては、物的擔保と相並んで近世に到る迄其の例を見る事が出來る。我が國に於ても、律令法繼受時代は勿論の事、比較的近代に及ぶ迄、其の實際的慣行を存してゐる事は後述する通りである。又人的擔保は、所謂人身の質入と保證に二大別する事が出來る。前者は人間の勞働力が、それが存在する社會の生產機構內に於て、特殊なる財的價値を有する客體即ち商品と觀られる社會に見得る現象である。我が國律令法時代に於ては、特に此等の勞働力の擔保は、不自由民たりし奴婢の勞働力を擔保客體とする行爲を以て行はれてゐた。卽ち「人間を奴隷に轉化することによつて人間力もまた交換され得るものであり、また利用されうるものである」のである。蓋し奴婢は、我國に於ては一種の奴隷階級民にして、法律上人格を有せず、財物視せられ、從つて奴婢を擔保に提供する行爲は、動產擔保の形式を踏んで行はれてゐた。併し乍ら、自由民が債務を完濟せざる場合は、法律上實質的に、債僕的境遇に沈倫し、債務を完濟する迄此等の者は多く終身勞役の義務を强制された樣であるから、假りに法律上の明文に於ては、形式上自由民の質入を嚴禁したるに拘らず、實質的には其の慣行が存在してゐたのであつた。所謂債務者が債務不履行の場合には、債務者たる父は其の子供を賣渡し、それでも債權者が滿足せぬ場合は債務者自身が役身折酬する。此の事は正しく債務者を實質的に債僕的境遇に陷らしむる事を言ひ表はせるものである。勿論中古後半の公家法時代に於ても同樣なる人身擔保は、より頻々として行はれた所であつて、過去に於ける全文明期の間、人身擔保に基く奴隷制は「公然の秘密」として最近に粉飾された制度として持續してゐる。併し乍ら文獻學的には此の期間に於ける文獻の證憑稀にして、其の個々の事例を擧示する事を得ない事を遺憾とする所である。[4]

(1) 其他、**律逸**、**法曹至要抄**、**金玉掌中抄**等に罰則が見える。

(2) 擔保法に關する原則的法規は我が**令**第十卷、**雜令**に見ゆる所である。此等の條文は**宋刑統**卷二十六の夫と甚だ相等しい。今繁を避けて比較しないが、**宋刑統**は中田博士の既に說かれた如く、**唐律疏議**を模倣せる宋の律疏である。卽ち大周の顯德四年（我村上天皇、天德元年）に唐の**大中刑律統類**、後唐の**同光刑律統類**等に依つて制定した**大同刑統**二十卷を、宋の太祖、建隆四年（我村上天皇、應和三年）に修正した刑典であつて、唐律令を繼受せる我國律令と同じく甚だ多く唐律令の正文を傳へてをる。**令唐會要**、**唐通典**、**唐六典**、**唐律疏議**、**宋朝事實**、**五代會要**、**漢制考**、**文獻通考**等を參照する事に依つてより明確に全般の沿革を知り得る。中田博士、**養老令の施行期に就て**（法、協、二十三の三）、又同、**日本私法法制史ブリント**、大正十二年一一八以下。**宮崎博士論文集**、律令に就て。牧敎授、**日本法制史**（國史講座一五三以下）。瀧川政次郎博士、**日本法制史**一九三以下、同、**律令の研究**。淺井虎夫氏、**支那に於ける法典編纂の沿革**、仁井田陞氏、**唐令拾遺**、等參照。

(3) イラスの意は必ずしも利息附貸借に限らず、廣く貸借契約に用ひられたと考へる。（牧敎授、**日本法制史論**、一三一以下）

(4) 尙最後に一言すべきは、**令集解**八、**僧尼令**に「**釋云**、中略、貸物與生曰息、出息謂出擧耳。」とあり。又**漢書**、二十四、食貨に「嘗其有者、半買而賈、亡者取倍稱之息當（師古曰稱擧也今俗所謂擧錢也）」とある。卽ち出擧は物を貸與して利息を徵收する行爲を言ふのであつて、本來必ずしも、擔保行爲に限定されてゐる稱ではない。併し往々擔保の附加される事多きが故に、又律令法に於て、質と出擧とが同一條文に規定せらるゝが故に、便宜上併述する事とした。

第一章　物的擔保

唐法を繼受した時代に、我國の一般社會に於て、如何なる擔保慣習が慣習付けられてゐたか、それは甚だ明瞭ではない。唐法に定められてゐる擔保法規は、非常に進歩した形態に於て規定されてゐるから、我國の當時の社會經濟的狀態にあつてかゝる進歩した擔保形態並に手續を飛躍的に直ちに一般社會に廣く强行する事が果して出來たかどうかはどうも疑問とせざるを得ない樣に思ふ。唐法の擔保形態並に手續法規は、獨特の支那文化の發展、殊に其の基底をなす生產技術の發達に伴うて規定された歷史的所產である。けれ共、我國に於ては既に久しき以前より支那大陸と交通し、其の影響を多分に我國の文化自體の上に享けてゐる事は明かであるが、私法慣習の域內迄も支那法に全く依つてゐたと速斷する事は危險である。殊に此處に取扱はんとする擔保の慣習の如きは或ひは極めて素朴的な且又固有的なものであつたらうと推察される。併し乍ら現存する正倉院文書其他に於て見られ得る擔保證文では、全く律令法規に準據して行はれてゐるか、或ひは

律令法規を淵由として、多少此れを時々の特殊的事情に依りて變へたと見らる可き行爲に於て、行はれてゐる。併し乍ら右の文書に於て見る事が出來る擔保形態は既に律令法發布以後のものであり、且又主として唐文化の影響を極めて强く直接に受けたと思惟される地域である大和地方を中心としてのみ行はれたものであるから、其他の地方に於て若し擔保の慣行ありしものとせば、これのみを以つて當時の擔保形態全部を表すものなりと推斷する事が出來ない。併し當時、擔保行爲の如き進歩した法律行爲が行はれたのは、地域的には比較的文化が唐に近似する程度に開明した地方、例へば都府の所在地とか、國司郡司等の駐劄地とかであり、又擔保對象は都府國郡衙に貯藏された稻粟の出擧であるか、或ひは夫等の地に建立されてゐた寺院又は、豪族を債權者として、行はれてゐたものである。此等の地方以外は甚だ未開の土地であつて强固な家族內自給自足經濟に於て生活してゐたので、未だ商品の交換に依つて自己の生活を維持し、自己の所有物を擔保に供して新資本を得る域には達してゐなかつた爲めに擔保行爲は行はれてゐなかつたのであらう。卽ち擔保行爲は家族の內部のみに於て行はれる自足自給經濟の段階に於ては發生し得るものではなくして、經濟狀態が交換形態を採るに到つた後に於て、初めて發生する現象である。

併し乍ら、自分は律令法規の擔保條文のみを解釋して、此の時代に於ける實際行はれし擔保行爲並に手續の全部を表示するものとは觀ない。寧ろ律令法規の行はれた所の當時の實際生活の存在狀態を明認する事に依りて、擔保行爲自體を觀る可きである。又律令法規のあるものの實效程度に就ては、唐と日本との經濟的狀態に高低の存する事よりして、幾分疑念をさへ抱懷するのであるが、當時の文獻は慣習法的な財產法に關する一切の法律關係、殊に擔保慣習、債權慣習に就ては、多く沈默を守つてゐる爲めに、以下原則として解釋法的に、律令法規の定むる所に從つて觀て行き度い。又公家法時代に就いては、證據とす可き文獻が甚だ稀少なる爲め僅かに其の變遷推移の跡を、全般的に辿り得たるのみである。

第一節　動產擔保

我律令法典の條文上に於て物を「奴婢、雜畜、田宅、及餘財物」と雜然と規定する。此

れは唐法に從つて、擔保物の對象たり得可きものを動產、不動產其他總て同一條文の內に一括して規定したのである。當時の法律意識に於ては、動產と不動產との區別が觀念的に甚だ明確ではない。[1] 從つて自分は叙述の體裁上、動產と不動產に分つたが、此れ或は當時の法意識より見れば適當ならざる所があるかも知れない。

律令は、

『凡家長在、而子孫弟姪等、不得輙以奴婢、雜畜、田宅、及餘財物、私自質擧、及賣若不相本問、違而輙與、及買者、依律科罪。』

と規定する。宋刑統に於ては、[2]

『諸家長在、而子孫弟姪等、不得輙以奴婢、六畜、田宅、及餘財物、私自質擧、及賣質田宅、其有質擧、賣者皆得本司文牒、然後之若不相本問、違而輙與、及買者、卽還主餘沒不追。』

と規定する。本旨は、兩者全く相同じである。卽ち祖父伯兄が家にある時、子孫弟姪等は無斷に家長の物を擔保として、其の上に擔保權を設定する事を禁じ、違反者には違令罪に科すとしてゐる。義解は此れを、

『謂科違令罪、卽輙與、及買者、各是別犯、不可爲首從、其依律、子孫等、私輙用財、不滿五端、則無罪法、若爲質私擧、及輙出賣與者、雖不滿五端、猶宛依此令論之。』

と解釋してゐるから、此れに依れば假令、同家の子孫弟姪が家長の物を擔保に提供しても、其價格が布五端以下であれば罪しなかつたのである。さあれ、律令法の本條文は、此等各種の財物家畜を、目的物として、家族が擔保契約を設定する場合は、家長の許可を要するのであつた。此の家長は戶令に所謂家長と異つて、同家の年長者を言ふのである。[3] 卽ち家資處分能力に一定の限度を定めて、法律が無能力者の行爲を制限すると同時に此處に所謂家長の權利を保護したものであつた。

又此等の擔保契約は屆出を要せず、契約當事者間の任意契約を以て成立し、從つて契約證書には、官廳の公證捺印の手續を踏むを要しない。

『凡公私以財物出擧者、謂公者、公廨之者也、任依私契、官不爲理、謂凡以物出息者、雖是官物、不每經官司以爲判理、任修私契、和擧取利、故云官不爲理也。』

此れ賣買證書が原則として、官廳の公許を要する、公驗の手續行爲を必要とせるに對比すれば擔保行爲は手續上甚だ簡單なる所であつた。これ律令の解釋者が、擔保行爲は賣買行爲にあらず、債權者は留置的權利を有するも、客體の所有權は依然として置主に存すると解したる爲めである。併し當事者間の契約は勿論、「兩(フタリノコヽロ)情

和同」する事を必要とし、虚偽又は强迫を以て、强制的に契約を締結した場合は、官廳に告訴する事に依りて公權の發動があつた。[4]

以上は律令法正文に依る擔保の設定行爲である。今假りに其の私契と稱せられてゐる例を、正倉院文書より例示しておかう。[5]

『謹解　申請月借錢事

合參伯文 利別月卅九文 質物布二端

右件錢、限二箇月之內、本利共修、將進上、若過期限、料給時質物成賣、如數進納、仍錄事狀、謹解、

寶龜三年二月十四日給當麻鷹養

償若倭部益国

敢　男足』

右の形式は既に明かに私契である。公驗の手續を踏んでをらない。

斯の如き形式を採つて行はれた當時の擔保は、然らば實際上、如何に締結されてゐたかを、一瞥して置きたいと思ふ。大日本古文書に掲載されてゐる動產擔保附證文は、[6]寶龜三年に、十五通（內、十二通、布。二通、調布。一通、刀身。）同四年に、八通（內、六通、布。一通、調布。一通、夏衣服。）同五年に一通（布）合計廿四通である。併し此等の證文を作成したる債務者は、大抵寫經師であつた事は、奉寫一切經所解、奉寫一切經所經師墨充帳、奉寫一切經所錢用帳、奉寫一切經所經師墨充帳等を披見すれば債務者の名前が現はれてゐるから直ちに首肯する事が出來るのである。

此等寫經師は、自己が本寺より將來支給さる可き布、調布、衣服等を擔保に提供して、金錢を本寺より——借受けたものであつた。故に、契約締結の頭初に於て、直ちに此等擔保動產物件を、債權者に交附する事が出來ず、從つて債務の完濟は右代當動產が給與された時に、それを賣却して得たる金額を以て、債務の履行に充當す可きを約定してゐるのである。換言すれば、此等の擔保行爲は抵當形態、無占有質形態に於て行はれてゐるのである。前例證文の樣に「料給時質物成賣、如數進納。」或ひは「料給日、卽質進布矣、賣成加本利、必將進上。」するのである。

尙當時の擔保は流質に非ずして、賣却質であつた。此れ令が、

『其質非對物主、不得輒賣、若計利過本不贖、聽告所司對賣、卽有乘還之。』

と規定するに基く。

今、寶龜三年より同五年に亙る殘存せる大日本古文書中の擔保證文上に現はれてゐる擔保動產と、借用金額との割合を圖示せんとして、左表を得た。[7]

時＼內容	擔保動產	金額	單價
寶龜三年	布 2 端	300文	150文
	布 1 匹	200文	100文
	調布 3 端	500文	$166\frac{2}{3}$文
	布 7 端	1,700文	$242\frac{6}{7}$文
	調布(イ)	1,000文	——
	布 4 端	1,000文	250文
	布 3 端	800文	$266\frac{2}{3}$文
	布 2 端	400文	200文
	布 (ロ)	500文	——
	布 6 端	1,800文	300文
	布 10 端	2,400文	240文
	布 5 端	1,300文	260文
	布 32 端	5,400文	$168\frac{3}{4}$文
	布 11 端	2,900文	$263\frac{7}{11}$文
	大刀身3 隻	300文	100文
四年	夏衣服(ハ)	400文	——
	布 4 端	1,200文	300文
	布 2 端	400文	200文
	布 5 端	800文	160文
	調布 1 端	200文	200文
	布 5 端	1,000文	200文
	布 5 端	600文	120文
	布 4 端	800文	200文
五年	布 3 端	850文	$283\frac{1}{3}$文

右の內(イ)は十二月廿五日念林宅成、大坂廣川月借錢解であるが「質物布施料調布者」とあつて、數量を明記してゐない。(ロ)は九月十日念林宅成月借錢解に見える所であるが「質物可給料布者」とありて、又數量の記載がない。(ハ)は二月卅日茨田千足月借錢解に見えるが「質物夏衣服已云」とあるのみである。

右は寶龜三、四、五年間に於ける擔保證文上に、主として用ひられた動產擔保の價格が、負債金額に對して如何なる割合を以つて標價されてゐたかを指摘した試表であるが、右表に觀取される樣に大略、布一端は錢百文乃至三百文、調布一端は二百文乃至百六十七文弱に、刀一隻は百文の擔保に提供し得た。天平十一年頃は調布一端二百文、天平寶字年間は調布一端の價格、三百六十文乃至四百五十文に相當したから、寶龜年間にはより高價となつたと考へざるを得ない。正倉院文書では其の價格を求め得ないが、調布一端は僅かに二百文內外の擔保價値しか有せざりし事が明白となる。期間並に利息文言に就いては後述に讓る。

併し若し債務者が期間を空過せしめたる場合に於て、債權者の權利は如何に取扱はれしものであらうか。此の場合、當時の證文を見るに、「右件錢、秋時不過成而進上、謹解、新田部宿禰入加、惠良古宇都久志女、二人生死同心成而進上、謹申。」の樣に、保證人と視る事が出來る者を證文面に記載して、債務の返濟を確保してゐる例も存在するが、此れ又後述人的擔保の條に讓つて、此處に於ては主として、かゝる場合に用ひられたる債權保全の方法を述べ度いと思ふ。

當時の證文に、「若期月過者、利加進上。」とか、「若期日過者、沽成質物、一倍將進上。」又

は「若過期日、成一倍將進納。」等の如き文言の記載されたるを見る。此れは債務者が若し約定期間中に債務を完濟する事能はざる場合は、元本を一倍に計上して返濟す可きを約定せるものであつて、原則として流質文書は存在しない。併し實例に於ては約定期間を經過したる後は元利をのみ返濟してゐて、强制執行又は質物を賣却した例が存在しない。元本一倍返濟文言は令に「雖過四百八十日、不得過一倍。」又出擧稻粟の條に「不得過一倍、其官半倍。」に出づる事明瞭で、此の原則は以下述ぶる樣に後世迄慣行された所である。併し乍ら令制に依るに、質權實行の方法は流質を禁止し、賣却質に依る可きものと定めてゐる。

『其質者、非對物主、不得輒賣、若計利過本不贖、聽告市司對賣、有剩還之。』

これである。宋刑統は、[8]

『收質者、非對物主不得輒賣、若計利過本不贖、聽告市司對賣、有剩還之。』

と規定し、其の本旨に於て我國の條文と全く同一である。扨てこの法意は、利息が元本を超過するも尙履行の遲滯ある場合にして、四百八十日の法定期間の外、更に尙六十日を經過するも辨濟せざる場合は、債權者は債務者の同意を經ずして、官廳の許可を得て直ちに目的物を賣却して債務に充當し、剩餘あれば此れを債務者に返還する事を要すとするのである。唐律疏議卷二十六雜律に、

『諸負債不告官司、而强牽財物過本契者、坐贓論。疏議曰、謂公私債負、違契不償、應牽掣者、皆告官司聽斷、若不告官司、而强牽掣財物、若奴婢畜產、過本契者、坐贓論、若監臨官、共所部交關、强牽過本契者、計過剩之物、準於所部强市有剩利之法。』

又律逸卷之七に、[9]

『凡(補)負債不告官司而强牽財物過本契者坐贓論。』金玉掌中抄。

と規定し、更に令義解は、

『若違法責利、契外掣奪、謂違法責利者、假如未至六十日取利、及不依八分一之類也、契外掣奪者、凡質物色及出息之債者、謂交關懸違受寄轉用之類也、官爲理。』

と解する。本條は宋刑統に於ても殆ど同樣に規定されてゐる所である。卽ち、令制は質權實行の方法に依らざる者を罰すると同時に、債權者が債務者を壓迫して自己の爲めに利益を計らんとする場合をも禁止するのである。

併し若し、質權を實行するも尙債權者は滿足なる辨濟を得る事能はざる場合は、

『家資盡者、役身折酬。謂家資者、家宅及資財也、役身折酬者、其緣官物役身之法、上條已有文、唯於私物者、不立程限、故知據當時當鄉庸作之價、以役折酬、卽不限年遠近、皆以盡債爲限也。』

と規定し、宋刑統も亦、

『家資盡者役身折酬、役通取戶內男口。』

と規定する。後世に編纂された講令備考卷十、雜令の「凡公私以財物出舉者云々」の條下に

『裁判至要抄曰、案之、出舉利雖經年序不過一倍、假令借十物返二十物也、廻利依不爲本作替文不可用又無力可返者、被仕己身可償負物(秀)。』

と解する樣に、債務者にして「無力可返者」は自己の勞働に依りて「不限年遠近皆以盡債爲限」なして、債務の完濟に盡さねばならぬ。

官の物を借りて返辨する事能はざる場合は[10]

『若應徵官物者、准直、五十端以上、一百日、卅端以上、五十日、卅端以上、卅日、不滿卅端以下、廿日、若欠負官物、應徵正贓及贖物、無財以修者、官役折庸、謂役力受直曰庸、若雖有位之輩、無財以備者、亦役身折酬、其五位以上、資俸稍寬、故不入無財之限也、其物雖多、限止五年、謂此據入公、其入私者、自合依雜令、假令詮告之人、應贖入前人、一人若單貧無財者、雖經七八年猶須折酬、滿數不限年遠近之類、一日、折布二尺六寸。』

の詳細なる規定が存するが、私人相互間に於ては、本條には「其入私者、自合依雜令。」と規定してゐるけれ共、雜令には明細なる規定を缺いでゐる。たゞ「據當時當鄉庸作之價」を基礎として、全く債務を完濟せしむと定むるのみである。

出擧稻粟に於ても此の取扱は全く相同じである。卽ち「凡以稻粟出擧者、云云、若家資盡者、亦准上條。謂役身折庸」と規定してゐる。けれ共尙債務者が債務の辨濟を肯んぜざる場合は律逸に、

『凡(補)負債違契不償、一端以上違二十日、笞二十、二十日加一等、罪止杖六十、三十端加二等、百端又加三等、各令備償。』

唐律疏議、卷廿六、雜律に、

『諸負債違契不償、一匹以上違二十日、笞二十、二十日加一等、罪止杖六十、三十匹加二等、百匹又加三等、各令補償。』

『疏議曰、負債者、謂非出擧之物、依令合理者、或欠負公私財物、乃違約乖期、不償者一匹以上違二十日、笞二十、二十日加一等、罪止杖六十、三十匹加二等、罪止杖六十、三十匹物、違二十日笞四十、百日不償合杖八十、百匹又加三等、謂負百匹之物、違契滿二十日、杖七十、

百日不償、合徒一年、各令備償、若更延日、及經恩不償者、皆依判斷及恩後之日、科罪如初。（尚宋刑統第廿六卷參照）』

と規定して、飽く迄債務者を強制して債務を完濟せしむ可く、笞、杖、徒刑を科して債權者を保護してゐる事は特に注意を促し度い所である。

又我律令法の規定する動產質も「其質者、非物主不得輒賣」の如く、債務者は擔保客體の物主、卽ち客體の所有權者で、債權者が假令目的動產を所持する場合と雖も、單に夫れは客體の占有權のみを有するものと解せられてゐた樣であるが、此等の占有質は亦、用益質であつたか否かは不明である。中古後半の法律書（法曹至要抄）（金玉掌中抄）に於ては嚴格に目的物の使用收益（受寄輒用）を禁止してゐる例を見得るから、或ひは原則として用益質ではなかつたのであらう。こゝに於て目的物を占有する債權者は、質物を保管する一定の義務を負擔した場合が存在し、自己の不注意或は不可抗力に依りて、目的物が滅失毀損する場合が發生する。此れに關し、金玉掌中抄は、

『水火損敗物事。同律（雜律）云々、水火有損敗、故犯者徵償、誤失者不償。』

と規定し、債權者故意に依る目的物の滅失毀損は、其の債權者に於て損害を賠償す可き義務を負擔すと定む。法曹至要抄は、

『置質之物燒亡、所謂水火損敗之色、不可備償也。亦可負之物、不可辨補、然則彼是無損、自叶折中之法、被强盜亦同。』

として、債權者の責に歸す可からざる事由に依る質物の滅失毀損は折中之法の原則に準據し、債權者は債務者と共に其の損害を兩分して負擔す可きものとして居るが、若し質物が窃盜に依りて滅失したる場合は、債權者のみが其の損害を負擔す可きは、條文の反面解釋に依りて推察し得る所で、窃盜の如き場合は債權者が適當に注意する事に依りて、其の害を免れ得るものとしたに外ならぬ。折中之法は尙後長く質物の滅損の場合の原則となり、近世に到る迄履行せられし所であつた。

併し乍ら又債務者の債務不履行の場合に於ては、通常物的擔保の外に保證人が附記される。

又債務者の債務の相續に就て注意す可きは、天平六年五月の格に[11]「父負物徵不知情妻子、子負物徵不知情父母者、自今以後皆悉禁斷之。」とある事である。律書殘篇に[12]『負公私舊新物身死亡、注云、物追免官、當以親妻子署乞、不得私物加署名口借人令償、

但身死人分者追免之也、下文云、酒及雜財儀倍用皆反本、乞不得若强非徵乞、違勅罪中流、別負公私古新物逃走何也、注云、雖會大赦猶不宥、加半倍令償、加署知情人令償、雖同家親妻子情不知乞不得也、下文云、雖券文官判非與同罪、雖比國比郡知情令償、相論不得以前、自今以後爲恒例、若違斯制法、國郡司及佰姓、必科違勅罪、如此類錄名申上。』

と記載せる様に、證書に加署したる以上は、契約に直接關知せざる場合と雖も、債務を償却す可き義務を負擔したが、假令一家屋內に居住する者と雖も、證書面に連署せざる場合は、債務を關知せざる者として、一應債務を辨濟する責なき者と看做されたのである。從つて、債務を相續せしめ、或ひは又、家族に辨濟せしめんと欲せば、正倉院文書に見える様に豫め債權者は債務者の妻子を連帶債務者とする方法を採るを要したのであつた。

以上要するに、律令法典に於ける動產擔保の形態は、占有質形態であつた様であるが、其等は又賣却質であり且又價格責任の限度に於て、債務者は自己の債權を執行し得たのである。而して一般には擔保義務者は、一定の證書を作成しこれを交付する義務を負擔すると同時に、債權者は目的物に對して又一定の保管義務を負擔した。

(1) 動產、不動產の觀念區別に就いては、中田博士、**私法法制史プリント**五〇參照。
(2) 卷廿六。
(3) **令集解**、**戶令**(定本、**令集解釋義**、二三三、戶主條參照)。尙**令義解**、卷十、**雜令**。
(4) 「凡出擧、兩情和同、私契取利過正條者、任人糺告、利物並給人。」**宋刑統**は、「又條、諸出擧兩情和同、私契取利過正條者、任人糺告、本及利物並入糺人。」とありて、告訴者に貸物及利息を與ふ可き旨を以つて、告訴を奬勵してゐる事が明かである。我國に於ても不法行爲の告訴奬勵手段として告訴者に斯の如く不法行爲の目的物を與ふる政策は、近代に到る迄用ひられし所であつた。
(5) **大日本古文書**六ノ二七二。
(6) **大日本古文書**三ノ六、十九(追加十三)に依る。
(7) 相田次郎氏、**史學雜誌**四十一ノ二及び三に於て奈良朝時代の經師の經濟狀態に就て甚だ興味ある研究をしてゐられる。參照されたい。
(8) 卷廿六。
(9) **續々群**、**類**、第六ノ三九四。
(10) **令義解**、卷十。

(11) 續日本紀卷十一（國系本二ノ一二三）
(12) 改正史籍集覽、二七ノ一〇五。

第二節　不動産擔保

不動産擔保の原則的法規は、雜令に動産擔保と合して規定されてゐる。

擔保の目的たり得き不動産の概念に就いては、雜令は田宅の二字を以て表してゐるが、田宅の意義に就き、明確なる說明を缺いでゐる。抑々、口分田は絶對に賣却を許さゞる田地であり、從つて法律上擔保客體たり得ない。唐通典は（卷二、貨貿典、二、田制下）、

『諸田不得貼貨及質、違者財沒、不追地還本主、若從遠役外任、無人守業者聽。』

と規程し、又、文獻通考に（卷二、田賦考）

『諸田不得貼賃及質、若從遠役外任、無人守業者聽。』

と記述して、遠征軍に從軍する者、又は外國駐在の任務に就く者にして、不在中人なき場合に限りて、田地の賣却質入を許可して居るが、併し他方、唐律卷第十二（戶婚上）は、

『諸賣口分田一畝笞十、二十畝加一等、罪止杖一百、地還本主、財沒不追、卽應合賣者、不

用此律。疏議說。口分田謂計口受之、非永業及居住園宅、輒賣者、禮云、田里不鬻謂受之於公、不得私自鬻賣。』

として、口分田は各人の生計を維持する目的を以て授けられたる田であるから、絶對に賣却し得ないとし、若し此れに違反して賣却する者あれば、一定の刑罰に處すべき旨を規定してゐる。其の他の永業田、居住園宅に對しては、所有者が其の賣買處分權を有したものであつた。蓋し居住園宅は、律令の宅地に該當す可く、これは義解が宅地を有舍宅之地也とし、田園皆同と解してゐるに依りても明かである。[1]斯の如き宅地は田令に、

『凡賣買宅地、皆經所部官司、申牒然後聽之。』

と規定する如く、官の許可を得て初めて適法に賣買契約が成立したものであつた。併し、口分田に關する限りは、[2]

『凡賃租田者、各限一年、園任賃租及賣、皆須經所部官司、申牒然後聽。』

とし、期間一箇年の用益權讓渡契約のみを特に、許可すとしてゐる。

以上要するに、斑田地は原則として、賣買及び擔保の客體たり能はなかつた。斯

の如きは、人民が土地より離散するを防止せんとしたるものなる事明白である。當時國庫の收入は殆ど全く庶民の土地よりの直接生產力に期待して居たのであるから、擔保流れに依つて生產母體をなす土地が、用益者卽ち徵稅客體の手より離れ、種々の口實を設けて國家に納稅する事を免れ得る權門勢家寺社の手中に集る事に依つて、國庫收入の減少を來すを懼れたる爲めである。併し實際上に於ては、既に天平勝寶二年に口分田を擔保客體として契約の締結がなされ[3]用益權の讓渡に於て行はるゝ擔保行爲も、五、六年の長期に亙りて、前以て契約が締結され[4]債務者、從つて無產の庶民は事實上、自己に斑給されし口分田より離れて、土地は漸次權門勢家寺社に集中する傾向を生じ、庶人は浮浪人として諸國を流浪し、遂には律令の國家組織をして庄園社會に漸變せしむる一の導因をこゝに作るに到つてゐる。當時の政府は、此の自己の存在を搖り動かすであろう此等の危險を豫知せるかの如く、度々格を發布して、土地の兼併傾向を禁壓せんとし[5]又貸借關係の無償破棄令、利息制限法を公布して、極力此の趨勢の增大を防壓せしも、およそ其の效を見ず、庄園社會は土地の大兼併の基礎の上に建立せられ、剩餘生產收奪の機構の變化は、遂

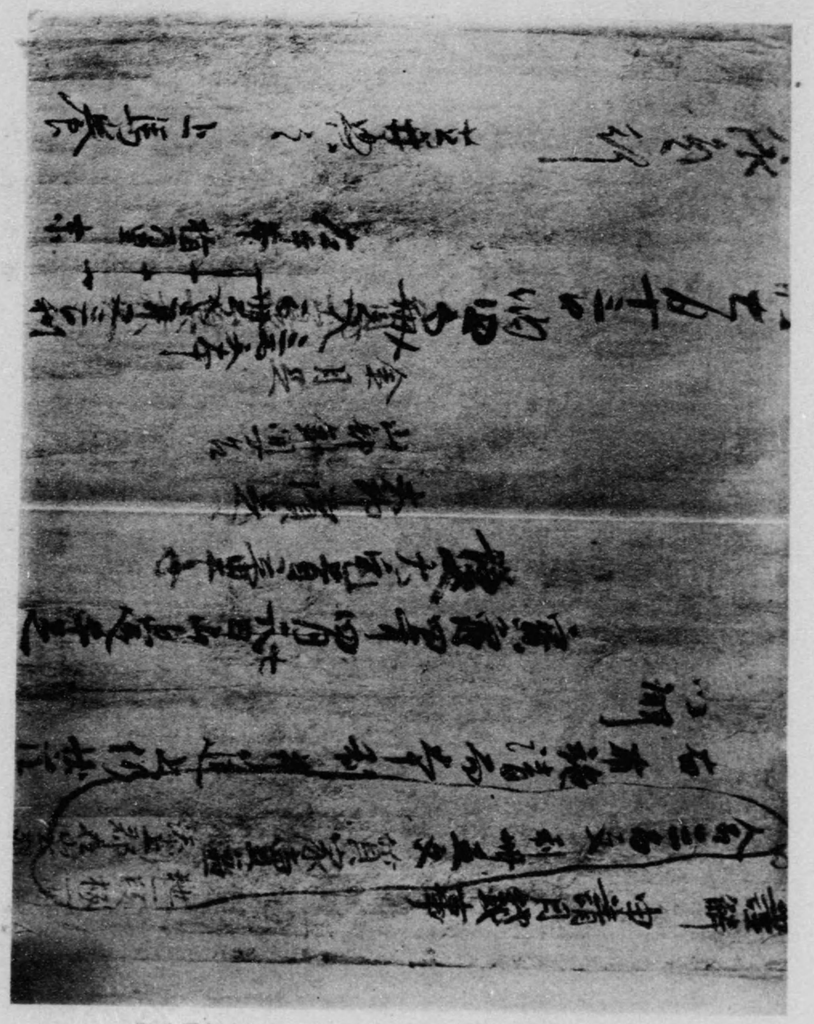
に中央政府の實力の失墜を招致せしめたものである。天平勝寶三年九月四日の格に[6]「出擧財物、以宅地園圃爲質皆悉禁斷。」として、律令の認めた不動產質の契約さへ禁止し、延曆二年十二月五日の格も[7]「禁斷出擧財物以宅地園圃爲質事。」と禁じ、法曹至要抄に於ても[8]

『案之、以質券不可領田宅之條理、以無疑矣。』

とし[9]裁判至要抄亦「是爲令百姓安堵也。」と解釋してゐるが、果して一般庶民、殊に農民は土地に束縛されて奴隸的生活に甘んじ、高稅の被搾取客體たるが自己にとりて幸福であつたか、或ひは土地の所有權を他人(寺社權門勢家)に讓渡して、單に自由勞働者、又形式上被傭農民として、自己の勞働力を唯一の資本として、土地を耕作し、高率の租稅支拂の義務を免れるのがより利益であつたかは尙當時の國家の租率、及び庄園の租率を比較考究する事より初めて、正當に論ぜらるる可き問題である。[10]

扨て、我國律令法時代の不動產質權は、果して如何なる形態に於て行はれて居たか。天平勝寶三年四月九日の格は[11]

『一禁斷出擧財物以宅地園圃爲質事



圖版第一　山邊千足月借錢解（大日本古文書　正倉院御物）

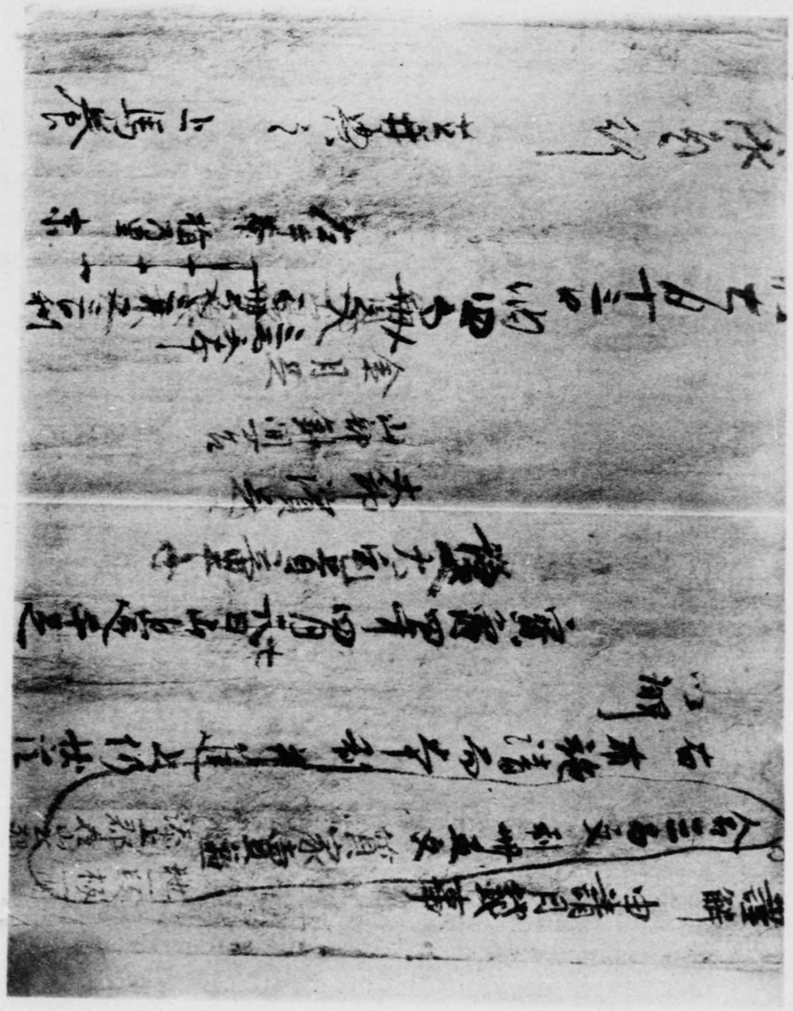
右豐富百姓出擧錢財、貧乏民宅地爲質、此至於責急自償質家、無處住居遂散他國、既失本業或民弊多爲蠹實深、自今以後皆悉禁斷、若有先日約契者、雖至償期猶任住居稍令酬償。』

又、天平六年五月戊子太政官奏に[12]

『大倭國十四郡公私擧稻、每郡有之、愚民競貸、至于責徵（ハタル）、不能盡備、資財既罄、遂償田宅。云々。』

とある。此等の斷片的資料より、當時に於ける不動產擔保形態を覗考すると、不動產擔保は實に無占有質形態に於て行はれてゐた樣である。故に正倉院文書等に殘存する家屋抵當附證文に於ても、債務者は約定期間中は、依然として被擔保家屋に居住して居たものゝ樣である。又不動產擔保は法文上に於ては一應、賣却質たる事を原則としてゐる。此れは、前に引用した令條にも規定する所である。且又形式上、殘存證文は總て賣却質に依つてゐるが、實際上に於ては、既に流質が行はれてゐたものであろう。

其他債務者の辨濟義務に就いては、動產質と全く相等しい。



圖版第一　山邊千足月借錢解（正倉院御物大日本古文書）

右豐富百姓出擧錢財、貧乏民宅地爲質、此至於責急自償質家、無處住居遂散他國、既失本業或民弊多爲蠹實深、自今以後皆悉禁斷、若有先日約契者、雖至償期猶任住居稍令酬償。』

又、天平六年五月戊子太政官奏に[12]

『大倭國十四郡公私擧稻、每郡有之、愚民競貸、至于責徵（ハタル）、不能盡備、資財既罄遂償田宅。云々。』

とある。此等の斷片的資料より、當時に於ける不動產擔保形態を覗考すると、不動產擔保は實に無占有質形態に於て行はれてゐた樣である。故に正倉院文書等に殘存する家屋抵當附證文に於ても、債務者は約定期間中は、依然として被擔保家屋に居住して居たものゝ樣である。又不動產擔保は法文上に於ては一應、賣却質たる事を原則としてゐる。此れは、前に引用した令條にも規定する所である。且又形式上、殘存證文は總て賣却質に依つてゐるが、實際上に於ては、既に流質が行はれてゐたものであろう。

其他債務者の辨濟義務に就いては、動產質と全く相等しい。

又不動産擔保證文の形式も、動産の夫と同じである。

此處に注意す可き證文作成行爲上の一に、畫指行爲がある。寶龜四年四月六日山邊千足月借錢解は其一例である。[13] 畫指は今日、所謂拇印の濫觴をなすものと見られたが、一般には捺印の淵源的形態とも見られてゐる。戶令(棄妻の條)に、

『皆夫手書棄之、與尊屬近親同署、若不解書、畫指爲記。』

と規定し、集解は、

『古記云、謂夫不解寫書、賃他人合(令)作牒狀、年月日下、夫姓名注付、食指點署、但食指爲記。』

とある如く、本來畫指行爲は親族法上の行爲であつて、七出之狀ありて妻を棄つる場合に、夫が書を解せずして離緣狀(棄狀休狀)に尊屬近親と連署する能はざる時は、食指の關節を記名の傍に畫して代證とする行爲を言ふ。唐法よりの繼受制度の如く、[14] 國語では指乃里と稱し、普通男子は左食指を畫し、女子は右食指を畫するを原則とした。[15] 此れ恰も又一種の捺印證明行爲であり、後には親族法上の行爲に止らず、財産法上の行爲に迄用ひらるゝに到つたのである。(寫眞圖版第一參照)。

既に述べた樣に、不動産擔保に於ても、律令法上に於ては賣却質であり、動産擔保

と殆ど相同じき種々の行爲を經て行はれた。殊に不動產擔保の實行に於て作成された放券作成行爲は、賣買行爲に於ける證書作成行爲に準據して慣行された所である。不動產の得喪變更は、又種々の點に於て重大なる結果を招來する。然るに流質と賣買行爲は、目的物の移轉を伴ふ事は同樣であるから、賣却質が用ひられず流質が行はれるに及んで、賣買行爲の公驗手續は流質の放券手續に援用せらるるに至つたものであると考へる。

(1) **義解**、卷三、**田令**「凡賣買宅地」の條「謂有舍宅之地也。略擧宅地、田園皆同。」
(2) **田令**、同、封戸を擔保に提供した例は**延喜式**廿三、民部の條參照。尙延曆十八年六月九日の太政官符。
(3) **大日本古文書**三ノ三九五、高屋連兄豎出擧錢解、同、四〇五、山道直人津守出擧錢解等。
(4) 寬平八年四月二日、太政官符。「右如聞權貴之家、乘勢挾威、稱庄家之側近、則妨平民之田地、或賣買不和點領三四十町、或寄事貧累、責取五六載券、云々。」**類聚三代格**、卷十五、墾田幷佃事（**國系本**一二ノ八二六）。
(5) 例へば寬平六年二月廿二日太政官符、延曆二年十二月五日、**寶龜**十年十一月廿九日太政官符等。
(6) 一、禁斷出擧財物以宅地園圃爲質事。右、豐富百姓出擧錢財、貧乏民宅地爲質、此至於責急自償質家、無處住居遂散他國、既失本業、或民弊多爲蠹實深、自今以後皆悉禁斷、若有先日約契者、雖至償期猶企住居稍令酬償。**類聚三代格**、上揭本一二ノ七八〇。尙**金玉掌中抄**、出擧雜事の條（**群**、**類**、四ノ八一二）。
(7) 同上揭本一二ノ七八〇。
(8) **日**、**古**、**法**、本三二五、卅四以質券不可領田宅事。
(9) **群**、**類**、四ノ八一八。
(10) **正倉院文書**を見るに、不動產を擔保とせる證文は日分田三通（天平勝寶二年一通、**寶龜**三年二通）門田一通（天平勝寶二年）田一通（天平勝寶二年）家屋擔保證文、**寶龜**三年九通（板屋四通、家敷地共五通）同四年二通（家地）同五年一通（家敷）六年一通（同上）合計十六通（右の內二通は田と家から十六通となる。）殘存してゐる。
右の擔保證文の外、**大日本古文書**六ノ二七三、丈部濱足月借錢解と**同文書**、追加一三ノ二九七、同者の月借錢解とは同一人の債務者が**寶龜**三年二月廿四日に一旦、自己の債務を辨濟し、同年十一月廿七日更に連帶債務者と供に擔保に提供したものであつて、當時如何に經師の生活が窮迫してゐたかを明瞭に知るを得るのである。前者の場合は擔保物は動產であるが、質物として布二端の擔保物を賣却して得たる金額より債務を返濟したるも、同年十一月更に窮迫して、遂に自己の居住する家屋敷地及び口分田を擔保とし、更に妻子をも賣却して債務を完濟す可き事を多數の連帶保證人の名を連ねて契約せしものである。
(11) **類聚三代格**卷十四、前揭本十二の七八〇。
(12) **續日本紀**卷十一、（**國系本**第二）聖武天皇の條。
(13) **大日本古文書**六ノ五五、尙瀧川政次郎博士「**法律史話**」一四三以下。
(14) Stein, *Ancient Khotan*, appendix, A. part 1. No. 3. 中田博士紹介參照。
(15) **正倉院文書**は「左手、本、指乃里、末」とあるが、此の指乃里とは畫指の事を稱したものであらう。尙根岸文書ノ一、弘仁十一年十一なる名稱を以て呼んだか不明であるけれ共、指乃里は畫指の長さを指示する國語である。併し尙畫指を果して如何

二月五日奈富女賣券は右手とあり又同文書嘉祥二年十一月廿一日、同七月廿九日の賣券は右食指、同四年二月七日の賣券は亦右とある。神田文書、弘仁三年三月二日清江宿禰資券亦同。尚星野博士、史學叢說一ノ三三二以下參照。

第三節　期間及び利息

唐法繼受以前に於て、一般我國社會に、果して如何なる利息及び期間の慣習が存在してゐたであらうか、明白に此れを覗知するを得ない。我雜令は、[11]

『仍以一年爲斷(カぎり)、不得過一倍、其官半倍、並不得回舊本更令生利、及廻利爲本。(稻粟出擧)。』

『每六十日取利、不得過八分之一、雖過四百八十日、不得過一倍。中略。不得廻利爲本、若違法責利、契外掣奪、及非出息之債者、官爲理。(財物出擧)。』

と規定する。卽ち稻粟出擧に於ける期間は、春時稻粟を借りて、秋時返濟するを一年と爲し、利息に於て、私稻粟出擧は、元本の一倍、公稻粟出擧は、元本の半倍迄徵收し得と定め、且つ重利を禁止してゐる。財物出擧に於ては、利息は六十日每に徵收し、六十日未滿の夫は徵收する事を許さず利息額は、元本の八分之一、卽ち一割二分五厘を超過する事を得ず、六十日を超過する每に一割二分五厘を各々加算し、四百八十日に到りて元本の一倍、卽ち十割に達する迄漸次徵收する事を許してゐる。四百八十日は六十日を利息徵收期間の一單位とすれば、八單位となりて、此れを最高利息徵收單位とすると規定してゐる。注意す可きは稻粟私出擧の利率が、財物出擧の夫に比して高率なる事で、今假りに財物出擧の利率を一年間七割五分とするも、稻粟私出擧は十割に當る。此れ或ひは稻粟の如き生產物は、年の豐凶に依り其收穫に著しき增減あり、從て元本回收の危險を、債權者が負擔せざるを得ない場合が、多く存在した爲めであらう。右は大體、律令法の正文に準據する利息、期間法規であるが、果して此の制限法の實際的效果は如何であらうか。今假りに大日本古文書に依りて檢討して見やう。[12]

養老二年の後、卅三年目なる、天平勝寶二年の擔保附出擧借券三通は、期間一年以內、利息は半倍と明記約定されてゐるから、この借券では雜令の原則法規がともかくも、忠實に勵行されてゐるかに見える。併し五十四年後なる、寶龜三年の廿六通の擔保附借券に於ては、期間に就て不定期契約多く、又夫れは雜令に規定する範圍

內の比較的短期を以つて約定されてゐるが、利息に關しては、驚く可き高利となり、普通十五割六分といふ約定利率を生じ、秦度守月借錢解の如きは廿割四分の年利となつて居る。（併し乍ら此の利率は、證文面に記載された返濟奥書に依ると六月十四日に、元利二百六十一文辨濟してゐるから約定後三箇月十七日間の利息が、二百六十一文となる事になる。故に實際に於ては、年利十五割三分となつて、此れは當時の通慣利率十五割六分に殆ど近き利率である。此れは）。

又、雜令は六十日毎に利息を徵收す可しと定む。此の法規は實際とおよそ隔絕したもので、全く空文に過ぎず、時には寶龜三年二月十四日當麻鷹養借券の如く、一ケ月毎に利息を拂ひし例もあるが、通例は期間滿了後に元利金額の返濟を爲す事を以て慣習としてゐるのである。故に約定期間滿了後、直ちに元利を返濟したる例が少數であつて、多くの場合、數ケ月を經過したる後に辛うじて漸く返濟されてゐる事實は、當時債務者が如何に貧困なる生活を營んでゐたかを明瞭に物語る資料の一である。越えて同四年の十通の擔保附借券は年利十八割、同五年亦此の利率を以て契約が締結されてゐるのである。此等の文書に見ゆる利息、期間を表示すると、[3]

契約締結年號	約定日	債務者氏名	擔保客體	金額	利率	期間
天平勝寶二年	五、六	新田部宿禰	門田一町	二四〇文	半倍	不定期
	五、一五	高田連兄麻呂	口分田二段	四〇〇文	半倍	八ケ月
	五、二六	山道眞人津守	人的擔保	四〇〇文	半倍	八ケ月
寶龜三年	二、一四	當麻鷹養	布二端	三〇〇文	一五・六割	二ケ月
	二、二四	丈部濱足	家一區	一、〇〇〇文	一五・六割	二ケ月
	二、二五	秦度守	口分田三町	二〇〇文	二〇（四割一五・二割）	不定期
	二、二九	刑部廣濱	布一匹		一五・六割	右同
	八、二九	狛子公等	調布三端	五〇〇文	一五・六割	右同
	三、五	巧清成當乙足	板屋一宇	二、〇〇〇文	一五・六割	右同
	一二、二五	念林宅成、大坂廣川	布七端	一、七〇〇文	一五・六割	右同
	一二、二七	八木宮主	布四端	一、〇〇〇文	一五・六割	三ケ月
	一二、二八	田部國守、占部忍男	家二區	一、〇〇〇文	一五・六割	二ケ月
	一二、二九	他田建足、桑内眞公	家一區	七〇〇文	一五・六割	三ケ月
	四、二	玉作廣長	婢一人	一、〇〇〇文	一五・六割	二ケ月
	四、一四	秦國依	大刀身三隻	三〇〇文	一五・六割	一ケ月
	六、一五	板合部秋人	板屋一間	三〇〇文	一五・六割	一ケ月

追加文書）						
	八、三〇 九、一八	物部首乙麿等	板屋二間	一、五〇〇文	一・五六割	二ケ月 一ケ月
	九、一七	丈部濱足等	布廿二端	五、四〇〇文	一八・〇割	不定期
	九、一七	鬼室石次等	布十一端	二四、〇〇〇文	一一・四割	右同
	九、一七	刑部廣濱等	布五端	一、三〇〇文	一八・〇割	右同
	九、八	秦吉麻呂	布五端	一、三〇〇文	一八・〇割	右同
	九、一〇	念林宅成	布	五〇〇文	一五・六割	一ケ月
	九、一〇	壬生廣生	布六端	一、八〇〇文	一八・〇割	不定期
	九、一一	僧行芬	板屋一間	五〇〇文	一五・六割	一ケ月
	九、一三	針間父萬呂	板屋一間	三〇〇文	一五・六割	一ケ月
	一一、二七	丈部濱足	家一區 口分田三町八段	一、〇〇〇文	一八・〇割	一ケ月
	一二、一	大坂廣川	布三端	八〇〇文	不明	不明
	一二、二一	石川宮衣	家一區	五〇〇文	一五・六割	不定期
	一二、二五	大伴眞尋	布二端	四〇〇文	一八・〇割	不明
賣急	二、三〇	茨田千足	夏衣服	四〇〇文	一八・〇割	二ケ月
	四、五	山部針間麻呂	家一區	六〇〇文	一八・〇割	二ケ月
	四、五	民部小勝、田部國守	布四端	一、二〇〇文	一一・五割	二ケ月
	四、六	置始清足	布二端	四〇〇文	一八・〇割	不定期

四年	四、六	船木麻呂	布五端	八〇〇文	一八・〇割	右同
	四、六	出雲乎麻呂	調布一端	二〇〇文	一八・〇割	右同
	四、六	山邊千足	家一區	三〇〇文	一八・〇割	右同
	四、九	漢部佐美麻呂	布五端	一、〇〇〇文	一八・〇割	右同
	七、九	出雲手麻呂	布五端	六〇〇文	一八・〇割	右同
	九、二一	置始清足	布四端	八〇〇文	一八・〇割	右同
五年 賣急	二、一〇	大宅首童子	家一區	一、〇〇〇文	一八・〇割	不明
	三、六	葦浦繼手	布三端	八五〇文	一八・〇割	不定期
六年 賣急	九、二二	丈部長岡	人的擔保	一、五〇〇文	一八・〇割	三ケ月
	九、二七	船木麻呂	家一區	一、〇〇〇文	一三・八割	不定期

契約期月は、[4]

契約月	回數
一月	0
二月	6
三月	1
四月	9
五月	3
六月	1
七月	1
八月	2
九月	12
十月	0
十一月	1
十二月	8

右は正倉院文書、残存四十三通の擔保附借券の圖示であるが、既に右表に明確に観

取される様に、期間は一般に雜令に從つて短期を以て約定せられてゐるに拘らず、利率は逐年高騰せる事を示してゐる。これは債權者側の一方的な利益をのみ考慮され、而も其の恣意に依りて契約が締結された事も物語つてゐると同時に、當時人的の信用力が尙、薄弱なりし事と、他方貨幣價値の大なりし事實を示すものである。尙第二表は、契約締結の月を指示するものであるが、四、九、十二月に最も多く擔保契約の締結されしは、注目す可き所である。

扨て、吾人は第一表に於て、律令法に定むる利息制限法を遙かに超過せる高率を以て、締結された契約の、多くの例を提示した。令は、

『取利過正條者、任人糺告、利物亦給糺人。』

と規定し、斯の如き違法的高利貸的利率を以てする契約締結者の告發を一般に奬勵し、正文を超過する利息を以て約定する契約者を告發せし者に、被告發者の有する利息及び擔保物を與ふ可しとさへ定めた。支那に於ても宋刑統卷廿七には、

『若違法積利、契外掣奪及非出息之債者、官爲理收。』又條。取利過正條者、任人糺告、

と規定して、更に利息のみならず、元本迄與ふ可しとしてゐる。併し乍ら、より深く考ふるれば、通常債權者は當時の所謂權勢家寺社であつたから、事實上此等の利息制限法は空文に過ぎずして、告發するも實際的に何等の效果がなかつた。加ふるに又弱貧者の窮地に乘じて斯の如き大地主階級が、其の恣意に依りて、契約の締結を强請したる場合は、高利が當然に附加せられるのである。弘仁年間、藥師寺僧景戒の著す所と稱せらるゝ大日本國現報善惡靈異記にも、高利を誅求して債務者を苦しむる數々の例を揭げてゐる。

又當時の經濟狀態を見るも、此等の擔保契約は多く消費を目的としてなされ、而も債務者は通常貧困者であつて、其の信用狀態は强固と稱する事が出來ず、債權者は時に不測の危險を負擔した場合も僅少ではなかつた様であるから、高利契約が、かゝる經濟狀態の下では其の橫行跋扈を見るに到るは歷史の敎ゆる所である。

上記表の債務者は主として、寫經師であり、斯の如き寫經師の生活狀態は甚だ低度のものであつて、一定時に支給さるる可き布施料に依りて彼等の生活費の全部を支へてゐたのであつた。故に此の布施料を擔保とする場合は、貸出金額の回收は比

較的安全であつたのであるが、尙寫經師自體の人的信用は充分に確實なりと稱する事が出來なかつた。而も他方、當時は貨幣の流通額は甚だ僅少であり、又資本も寡少なる時代であつたし、貧窮なる債務者はたゞ物的擔保を主要客體として、而も多くの人的擔保を附加し、富貴なる債權者の申出づる違法的高利の元に從順に契約を締結せざるを得なかつたのである。併し我國は唐法と共に、利息法規違反者に對する罰則が、何等宗教的理念に依りて指導されざりし事は、注意す可き事實である。

爾來、利息制限法規は、其後屢々發布された所であつたが、實際に於て完全な履行を見る事が出來なかつた。曩述の樣に律令法發布後數十年にして驚く可き高利の約定利率が存在する樣になり、此の慣習は、寶龜十年九月甲午の勅に[5]

『頃年百姓競求利潤、或擧少錢貪得多利、或期重契、强責質財、未經幾月、忽然一倍、窮民酬償彌々致滅門、自今以後宜據令條不得以過一倍利、若不悛心、猶及與者、不論蔭贖科違勅罪、卽奪其贓以賜告人、非對物主賣質亦同。』

とあり、又弘仁十年五月二日の官符に、[6]

『如聞、公私以錢出擧、已違法茲制責利過多、自今以後公私擧錢、宜限一年收半倍利、雖積年紀不得過責、若有犯者科違勅罪、有人糺告以贓賞之者、而比年之間都無遵行之、違犯之輩往々有之、或以多直之物而取少錢之質、偏稱過限賣收多錢、無經官司、宛無對主、所乘直錢都亦不還、或限一年之內、以納半倍之利、至迂過期廻利爲本、每至首春枉取其契、未幾周忽及數倍、如是之姦不可勝計、所在之吏亦無糺正云云。』

の如き狀態を呈するに到つた。若し假りに此の兩例が其儘信用し得るものとせば、擔保に關する律令法の正文は、總て全く履行せられざるに到りし事を物語るものである。尙前例の勅令が「不論蔭贖科違勅罪」と規定してゐる事は、債權者が原則として、斯の如き恩典を享受し得る權門勢家であつた事を物語り、律令法規を回避せし者亦、かゝる身分を有する大地主階級であつた事を反面に於て如實に歷然と示してゐる。

以下、其後期間、利息に對して採つた政策、法令の跡付けの極めて大樣を叙べて置き度い。

(イ) 政策。

法令は、利息法に違反せし者に對して、違勅罪を以つて罰すとしたが、事實に於て債權者が權門勢家であつた爲めに、此の法令は極めて行はれなかつた。故に朝廷は更に消極的に借貸破棄法と賑貸法とを以つて、弱貧の債權者を救濟するの策を立てゝゐた。殊に前者は中世以後に於ても、同樣なる狀態の發生したる際に採用されし政策である事は、衆知の事實である。

借貸破棄法は亦元利破棄令と、利息破棄令に大別する事が出來る。前者の例は、朱鳥元年七月丁巳詔(天武天皇)に、[7]

『天下百姓、由貧乏而貸稻及貸財者、乙酉年十二月卅日以前、不問公私、皆免原。』

又大寶元年十月戊申(文武天皇)に、[8]

『唯武藏郡本利並免。』

和銅六年九月詔(元明天皇)、[9]

『和銅四年已前、公私出擧稻粟、未償上者、皆免除之。』

又、養老四年三月己巳(元正天皇)に、[10]

『百姓之間、負稻者多、緣無可還、頻經歲月、若致切徵、因卽迸散、望請、限養老二年以前、無論公私、皆悉免除。』

と企てたるものであり、後者の例は持統天皇元年七月甲子詔に、[11]

『凡負債者、自乙酉年以前物、莫收利也、若既役身者、不得役利。』

天平十一年五月辛酉(聖武天皇)の、[12]

『天下諸國今年出擧正稅之利、皆免之。』

又、天平寶字元年四月(孝謙天皇)詔に、[13]

『其負公私物未備償者、是由家道乏貧、實非奸欺所爲。云云。宜自天平勝寶八年已前擧物之利、悉應除免。』

天平寶字七年正月戊申(淳仁天皇)の詔に、[14]

『去天平寶字五年、五穀不登、飢饉者衆、宜其五年以前公私債負、貧窮不堪備償公物者、咸從原免、私物者除利收本。』

等の如く、利息の徵收のみを禁止したるものである。斯の如き實例は、中古に於て甚だ夥多に散見する所であるが、又一方に於て、當時に於ける債務者が如何に窮迫

論公私、皆從放免、庶使貧乏百姓各存家業。』

等とある如く、元本及び利息を共に全部免除して、民庶を負債の壓迫より救濟せん

の狀態に沈湎してゐたかを想像し得る好例ともなり得るのである。

勿論此等貸借の破棄令は、表面上債務者が負債の爲めに破產し、諸國を流浪し、社會の安寧秩序を紊亂するを恐れたる爲めであるが、併し乍ら注意す可き事實は、前に觸れた樣に當時國家の收入源は殆ど全くかゝる弱貧百姓の直接生產する所であつたが、他方、有產者たる權門勢家寺社は、債權者たり得るが如き富裕なる階級を構成してゐたと同時に、亦かゝる富裕階級である權勢家寺社が、事實上又法律上、租稅を免除されてゐた事である。故に國家は、此の如き債務者たる弱貧百姓が、其の所有地を債權者たる權門勢家に擔保流として歸屬せしむる事は、又政府の租稅減收を來すものであるから、此れを極度に恐れし爲めに土地の集中を禁止したに外ならない。尙消極的に賑貸法を以て貧窮債務者を救濟したる事實は、此れ又史上其の例が甚だ多數である。一例を擧げれば、和銅五年五月辛巳(元明天皇)詔に、[15]

『諸國大稅、三年賑貸者、本爲恤濟百姓窮乏、今國郡司及里長等、緣此恩借、妄生方便、害政蠹民、莫斯爲甚、如顧潤身、枉收利者、以重論之、罪在不赦。』

又、養老四年三月己巳(元正天皇上揭例)[16]の太政官奏の如きも、何れも此の好例と見るを得るであらう。

(ロ) **利息法令**

既に延曆、弘仁の時代になると、當時の太政官符は、盛に利息、並に期間に關する令制を準守す可き事を繰り返へしてゐる。[17]延曆二年十三月五日の太政官符は「而今京內諸寺貪求利潤、不畏朝章、以宅取質、廻利爲本、非只綱維越法、抑亦官司共許、何其爲吏之道、輒違王憲、出塵輩、更結俗綱。」とあつて、當時、寺院は既に巨大なる富を擁して、利益の增加を計り、殊に官吏はこれと結託して、弱貧百姓を誅求し、高利亦隨所に行はれてゐた事を覗ひ知らしめる。同十八年三月九日の官符は、[18]

『應禁皇親之祿乞賣賤價交

右檢內、太政官去延曆十六年四月廿四日下諸國符偁、自今以後公私出擧錢、宣限一年收半倍利、雖積年紀、不得過責者、今右大臣宣、奉勅、如聞王親或募多祿、先受少價、或設重質、貸乞賤物、苟貪自前不顧後弊、報償三日、既過一倍、因玆所司豪民競求利潤、好爲與借、班祿之日濫訴繁多、自今以後賣買祿物不得過於半倍之利、如有違犯依法科處。』

と令する。卽ち、當時皇親家と雖も代當とし令制に違犯せる擔保契約を締結し、而も班祿之日には、これに基く所の訴訟事件が極めて多く發生したのである。弘仁十年五月二日の太政官符は、這般の事情を最も明細に物語つて、餘蘊する所がない。今繁を厭はず例示しやう。[19]

『應禁斷錢利過半倍併非理沽質事

右案雜令云、凡公私以財物出擧者、任依私契、每六十日取利、不得過八分之一、雖過四百八十日、不得過一倍、又不得廻利爲本、其質者非對物主、不得輒賣、若計利過本不贖、聽告所司對賣、卽有乘還主者、又太政官去延曆十六年四月廿日符偁、太政官去寶龜十年九月廿七日符偁、自今以後擧「利」錢收利、雖過四百八十箇日、不得過一倍之利者、今被大納言從三位神主宣偁、奉勅、如聞公私以錢出擧、已違玆制責利過多、自今以後公私擧錢、宜限一年收半倍利、雖積年紀不得過責、若有犯者科違勅罪、有人糺告以贓賞之(タマハトノタマヘリ)者、而比年之間、都無遵行之、違犯之輩往々有之、或以多直之物、而取少錢之質、偏稱過限賣收多錢、無經官司、宛無對主、所乘直錢都亦不還、或限一年之內、以納半倍之利、至于過期廻利爲本、每至首春、枉取其契、未經幾周、忽及數倍、如是之姦不可勝計、所

所之吏亦無糺正、今被大納言正三位兼行左近衞大將陸奥出羽按察使藤原朝臣冬嗣宣偁、有制無行無懲有犯、朝章之設豈其然哉、宜重下知嚴加勾當、普牓示路頭令衆庶知、若猶不改置以法刑。』

右は、雜令の規定を繰り返へし述ぶると同時に、曩に發布された太政官符を再度繰り返へし、近時全く行はれざるに到れる擔保法條の强行を命じてゐるのである。

此の太政官符の文書を其儘信用する事が出來るとすれば、當時債權者は、債務者の窮迫せる狀態に乘じて、擔保客體に相當せざる少額の金額を貸與し、期限の經過せざるに經過せりと稱して屈出をなさずして此れを賣却し、剩餘金額は返還せずして着服し、一年間に半倍の利息を徵收し、而も年毎に證書を書き改めて利息を元本に編入せしむる等の行爲を、多く行つてゐた樣であるし、又官吏も此れを禁ぜずして放任してゐた樣である。

夫れより以前から我國に於ては、利息制限法令が數多く發布されてゐた。和銅四年十一月に[20]「出擧私稻者、自今以後不得過半利、餘者如令。」とし、先づ私出擧の利率を減少し、養老四年三月[21]「除租稅外公稻、擬充國用、一槩無利、恐其頓絕望請、令諸國每年

出擧十束取利三束、仍令當年本利俱納。」と奏した。卽ち出擧稻は利息を徵收するを許さざる時は、貸與する者なきに依り、利率を三割に減少して徵收するを許可すとなしたが、爾來此の利率が後に到る迄遂に原則的に用ひられる樣になつたのであつた。

以上自分は、大體、中古の利息法變遷の大略を觀た。高利貸借が、債務者たる農民の實際生活樣式の安定を根柢的に破壞し去り、遂に完全に搾取し盡された農民は大量的逃散民を形成して、國家の財政又は安寧を擾亂するに到る原因をなすに到つたのであつた。殊に我國中古の國家の財源は主として、一般農民の地的土臺の上に建設されてゐたから、農民が土地を權勢家に、擔保流となし遂に權勢家の所有に歸屬するに到る事は、國家の財源客體の減少を意味するから、務めてこれを防止せねばならなかつた。併し我國に於ても、政府が極力農民の遊民化を防止したるに拘らず、遂に浪人を生じ、此處に國家は財政的素地を失ふと共に、此等遊民に依りて行はれた土地制の變化が、中古後半の庄園社會出現の一樞機を作るに到つたのである。

以上要之、我國中古にも利息禁止法は存在しない。且又屢〻利息制限法の發布ありし事實は、富の一方的蓄積の歷史過程に於て、當然に觀られる世界的現象でもある。

(1) **宋刑統**は「又條、諸公私以財物出擧者、任依私契官不爲理、每月取利不得過陸分、積日雖多不得過壹倍、若官物及公廨本利停訖每計過伍拾日不送憲者、餘本生利加初不得更壹倍。」となつてゐる。此の利率は我國が「每六十日取利、不得過八分之一」とするに比すると、稍〻低率である。一ケ月陸分は一ケ年七割二分に當るが、我國の利率は八分ノ一(六十日)であるから一ケ年七割五分に當る。(唐宋の利息に就いては、仁井田氏、**唐宋に於ける債權の擔保**、**史學雜誌**、四二ノ一〇ノ一一一一以下)。

(2) **大日本古文書**に依る。

(3) **大日本古文書**、三、六ノ追加十三に揭載された擔保附證文の圖示である。他の同名書册には擔保附證文を見出さなかつた。尙當時最高の利率は百文につき九十五文といふのさへ存在したといふ。(三浦周行博士、**法制史**、**現代法學全集**二三ノ三四四)。

(4) **大日本古文書**の揭載擔保證文は四十三通であるが、此の契約期日の表に依ると、四十四通となるのは、寶龜三年八月卅日及び九月十八日の兩日附を一證文に有する物部首乙麻呂の證文が含まれてゐる爲めである。

(5) **續日本紀**、卷卅五(**國系本**二ノ六三〇)。

(6) **類聚三代格**、卷十九(同本一二ノ一〇〇二)。

(7) **日本書紀**、卷廿九(同一ノ五四一)。

(8) **續日本紀**、卷二(同二ノ二〇)。
(9) 同、卷六(同二ノ八二)。
(10) 同、卷八(同二ノ一二〇)。
(11) **日本書紀**、卷卅(同一ノ五四七)。
(12) **續日本紀**、卷十三(同二ノ二二一)。
(13) 同、卷二十 同二ノ三三七)。
(14) 同、卷廿四(同二ノ四〇八)。
(15) **續日本紀**、卷五(同二ノ七二)。
(16) 己巳、太政官奏、比來百姓例多乏少、至於公私不辨者衆、若不給量、家道雜存、望請、比年之間、令諸國每年春初出稅、貸與百姓、繼其產業、至秋熟後、依數徵納、其稻既不息利、令當年納足、不得延引數有違懸云々。(**續日本紀**、卷八、二ノ一二〇)。
(17) **類聚三代格**(同一二ノ七八〇)。**雜令**に「凡皇親(謂不限有位無位也)及五位以上、不得遺帳內資人、及家人奴婢等、定市肆(イチクラ)與賈、其於市沽賣出舉(謂於鄉里及遠人於外處貿易(モウヤタ)往來者、不在此例。」**又僧尼令**に「凡僧尼、不得私畜田宅財物、及與賈出息」とある。法は王臣家寺家の出舉出息を禁止せるに拘らず、債權者は依然として此等の身分を有する者であつた。(唐宋は仁井田氏、前揭一一二〇註一、一一四九)。尙寺院が長生庫を設置して實屋類似行爲を行ひたる事實は知られてゐる。(**宮崎先生法制論集**一五以下)。然るに朝鮮に於ても伽倻山海印寺古記錄又は龍壽寺開創記、或ひは高麗史、廟宗六年十一月條等に其例が見えるといふ。(稻葉岩吉氏、**東亞經濟研究**、一五ノ一及び二「**寺院經濟資料と長生標**」三二以下及び一五ノ四、同氏「**長生標及び長生庫補考**」參照)。我國に於てかゝる制度が、王朝時代に既に存在してゐたと思はれる樣な資料が**豐具記**の中に存在するが、併し明白に其の存在を主張し得るのは、鎌倉時代以降である。
(18) **類聚三代格**(同一二ノ一〇一二)。
(19) **類聚三代格**(同一二ノ一〇〇二)。
(20) **續日本紀**、卷五(二ノ七〇)。
(21) 尙同官奏に「又謹檢和銅四年十一月二十日勅、出舉私稻者、自今以後、不得過半倍者、比來出舉多不依法、若臨時徵索、無稻可償者、令其子姪易名重舉、依此姦計、取利過本、積習成俗、深非道理、望請、其稻雖經多年、仍不過半倍」(**續日本紀**、卷八、二ノ三〇)。

第四節　公家法期に於ける物的擔保

大體承平天慶二亂を分水嶺として社會の構造に、前後甚だ異なる點を發見するが、法の形態にも前後極めて大なる差異あるを認めるのである。前代にともかくも行はれた律令法は後代に於ては其の命脈を僅かに存するに過ぎず、律令法に代位して行はれたのは家法的特質あり、慣習法的色彩の濃厚なる律令法の變質したる例又は行事と稱せらるゝ所謂公家法である。[1] 卽ち公家法時代は前後二百五十

年餘繼續したのであるが、此の時代は中世武家法時代に行はれし諸種の法律規範を醸成し、支那法的律令法が日本固有法的武家法に移行する過渡期にして、極めて注意す可き時代である。併し此の時代は法制史上尚究明せられざる時期である。が此の事は、一に此の時代に於て編纂された法典なく、法生活は總て家法的慣習法に放任せられた爲め、法生活を覗ふ可き文獻の殘存するもの少なきに依るのである。

右の如き時期なる中古後半公家法時代の私法生活、殊に此處に論考さる可き擔保形態を究明する事は夫自體至難の事に屬する。併し乍ら吾人は斷片的に殘存する諸文書の語る所に依つて、辛うじて大體此の期の擔保形態を綴縫する事が出來た。以下の論考は尙盡さゞる所極めて多きも全般的に辿り得た所を叙述したものである。

(イ)擔保契約締結の形式と其の形態。

公家法時代に於ても、不動產擔保契約の締結に當つては、一定の證書を作成する行爲が要求されてゐた。若し擔保客體が流質となる場合は、別に新券を作成し(立券行爲)、これを流質證文と爲す慣行があつたのである。[2]

『謹辭　申請借出擧事

合捌斛□□

右件米以來秋時加息利依員可辨進之狀如件

永久五年三月二日　僧　禪德

上司畠大券質物ニ進之』

右は擔保證文の最も簡單な一例であつて、債權者の姓名を記載せざる事は此の時代を通じての特徵で、律令法時代の夫とも等しい。上例は、債務者が上司畠大の所有權を有する事を立證する地券を、債權者に引渡し、土地自體は債務者が占有を留保して此れを耕作し、其の收益を基礎として、一定利息を加算し債務を完濟す可きを約定せる證文である。斯の如く、不動產擔保は原則として、無占有質の形態に於て慣行されしなる可く、債務者は客體の證券を債權者に引渡したが、(文書質の發生)、客體の使用收益權はこれを留保し、所有權は債務完濟後初めて請戻し得たのである。此の行爲は、我國中世に於て、不動產擔保に最も普通に行はれた所の文書質

行爲と密接なる關係を有する。文書質は、既に庄園社會の實在的經濟構造の內部に於て發生し、頻々として用ひられてゐた。此の原因は、根本的には債權者が擔保地に自ら赴いて直接生產に從事する事能はざりし事情——卽ち債權契約當事者が相互隔絕して生活してゐた——に基くものであつて、此の事情は庄園社會の構造の示す所であり、又此の事實は現存する古證文等に依りて、覗知し得る所である。

飜つて利息及び期間の慣習に就いては、右例のみにては明白にこれを知り得ない。併し律令格式法の利息並に期間の原則的法規は、形式上、公家法時代を一貫して觀取し得られる所であるが、其の實際的效力は全く不明である。永萬二年七月五日、僧永祐出擧米借券[3]、承安五年三月二十九日、院主大法師質券[4]は、何れも原則として五把利、卽ち半倍の利率を以て契約され、前者は期間十二ヶ月、後者は來秋となつてゐる。此れ恰も律令法の規定する所に適合してあるかに見ゆるも、此れのみを以て此の時代の社會全般に亙る利息及び期間の慣習如何を推斷するは勿論困難である。併し、寬平七年三月二十二日王臣諸家の私物出擧を禁止し[5]、延長三年十二月二十六日に「可停止私出擧作田□符可給之事」と見え、降つて治承二年七月十八日に私出擧の利、一倍に過ぐるを禁止してゐるから[6]、尙實際には高利貸的契約が行はれたりし事を想像し得る。

又、若し債務不履行の場合は、勿論擔保物の所有は債權者に移轉されるが、律令法に依れば、斯の如き場合に別に流質證文を作成交附する事を要したか否かに就き別段に規定してをらなかつた。恐らく當時は手繼證文を以て、これに代用してゐたのである。田令に、

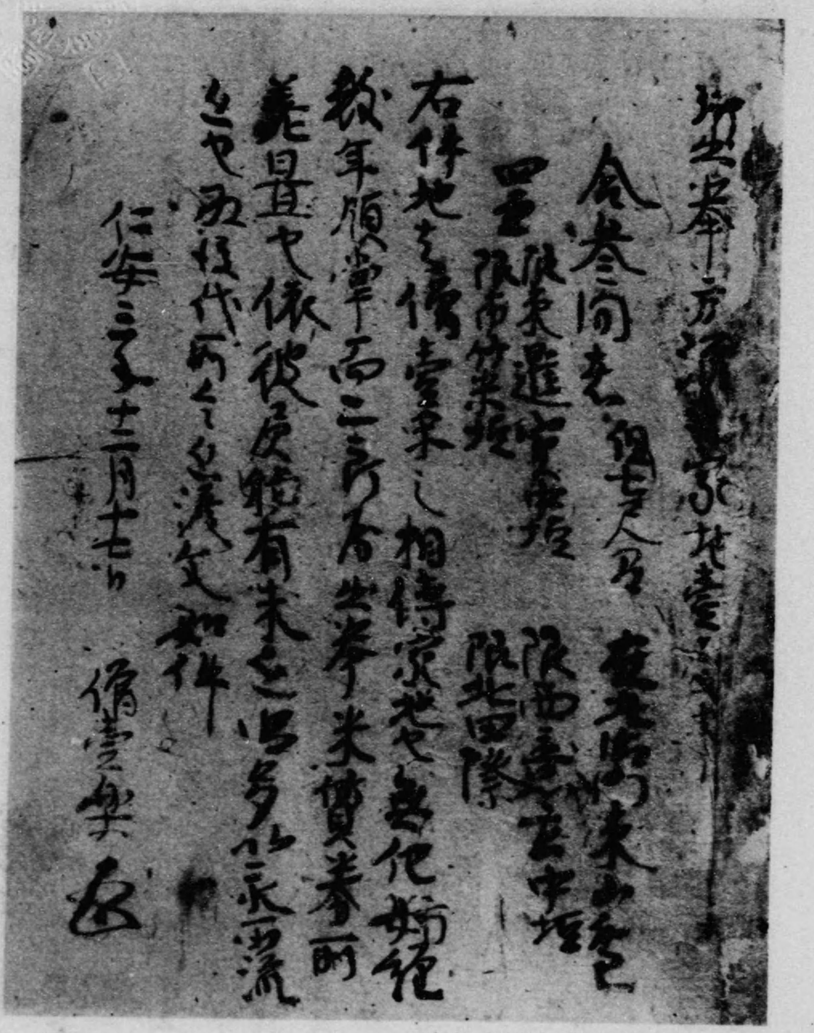
『凡賣買宅地皆經所部官司、申牒然後聽之。』

とあり、義解は此れを、

『有舍宅之地也、略擧宅地、田園皆同、其賣買倉屋等者、自須證據分明、不可經官司也。』

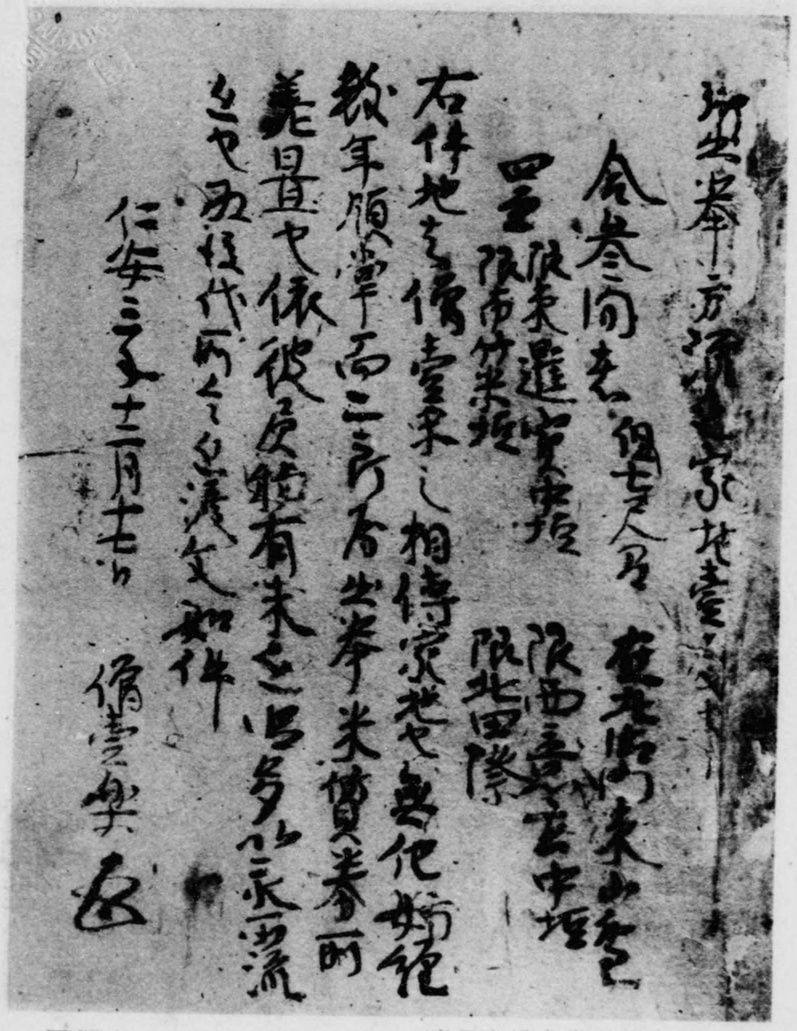
卽ち、口分田は商品として適法なる賣買の目的物となす能はず、單に一年期の用益權貸借契約のみ許可される。併し宅地、墾田、園地は、賣買證文に官廳の公印捺押の請求をなし、官廳の公印が捺せられたる後、該行爲が初めて、法律上有效なる行爲となつたのであつて、所謂公驗作成行爲は、不動產賣買行爲に就き必要條件であつた。但し倉庫等の如き目的物の價格僅少なる場合、又證據の極めて分明なる場合等は

公驗作成を必要とせぬとしてゐた。以上の法意を以つて此の時代の擔保契約を類推するに、擔保契約は應々究極に於て目的物の移轉を伴ふ事がある故に適法に目的不動產を取得したる事を證明す可き證書を所持する者に非れば、爭訟發生の場合に其の者は客體につき所有權を有する者と確認されない。從つてかゝる後發す可き憂を避くる爲めに、擔保流に於ても亦、一定の證文（流券作成行爲放券作成行爲）を作成交附する慣習が發生したのである。後世一般に不動產の移轉を伴ふ可き契約には、總て一定の證文が附加されてゐる。此れ不動產の經濟的社會的機能が、剩餘生產作源の最も重要な客體であり、財を作成する中軸であつた爲めで、且又此れに依る政治組織が土地の領有關係の上に立てられた當時の特殊の社會組織に基きて、特に土地が重要視された故である。其の例に擧ぐる、保延三年藤原種時の注進は、流質證文と見る可きもので[8]、これは肥前國松浦西鄕大枌村內田畠を擔保流として債權者新太郎大夫に讓渡した事を立證する證文である。承安三年三月十一日僧敎□の出擧券[9]も亦、流質券と見る可きものであらう。東大寺文書（京都大學文部藏）に仁安三年十二月十七日僧壹樂の流質券が存在する。[10]（寫眞圖版第二參照）



第二版圖　僧壹樂流質券（京都帝國大學文學部所藏東大寺三月堂古文書之一四二ノ一號）

公驗作成を必要とせぬとしてゐた。以上の法意を以つて此の時代の擔保契約を類推するに、擔保契約は應々究極に於て目的物の移轉を伴ふ事がある故に適法に目的不動產を取得したる事を證明す可き證書を所持する者に非れば、爭訟發生の場合に其の者は客體につき所有權を有する者と確認されない。從つてかゝる後發す可き憂を避くる爲めに、擔保流に於ても亦、一定の證文(流券作成行爲・放券作成行爲)を作成交附する慣習が發生したのである。後世一般に不動產の移轉を伴ふ可き契約には、總て一定の證文が附加されてゐる。此れ不動產の經濟的社會的機能が、剩餘生產作源の最も重要な客體であり、財を作成する中軸であつた爲めで、且又此れに依る政治組織が土地の領有關係の上に立てられた當時の特殊の社會組織に基きて、特に土地が重要視された故である。其の例に擧ぐる、保延三年藤原種時の注進は、流質證文と見る可きもので、[8]これは肥前國松浦西鄕大枌村內田畠を擔保流として債權者新太郎大夫に讓渡した事を立證する證文である。承安三年三月十一日僧敎□の出擧券[9]も亦、流質券と見る可きものであらう。東大寺文書(京都大學文學部藏)に仁安三年十二月十七日僧壹樂の流質券が存在する。[10](寫眞圖版第二參照)



圖版第二　僧壹樂流質券(京都帝國大學文學部所藏 東大寺三月堂古文書一二四ノ一號)

『御出擧米方流進家地壹處事

合參間者　但七尺間　在北御門東山邊

四至限東暹寶中垣　限西意宣中垣　限南竹米垣

限北田際

右件地者、僧壹樂之相傳家地也、無他妨經數年領掌、而二郎殿出擧質券所差置也、依負物有未進巨多、以永所流進也爲後代所令進渡文如件

仁安三年十二月十七日　　僧　壹樂(花押)』

此れである。右證文の意味は、債務者壹樂は北御門東山邊に存したりし三軒の家屋敷地を擔保として債權者二郎に提供し米を借用したるも、壹樂は債務を履行する事能はず、而も債務額は利息を加算して其の額が逐次高騰した爲め、初めて目的地の所有權を債權者に移轉した事實を示せる證文で、中世に慣行があつた流質證文の形式と外形的には殆ど全く同一である。仁安は公家法時代の末期に當る。此の時期に於ては右例に見る樣に、最早煩瑣な手續を要する正式の公驗は慣行されず、單に債務者の私的、一方的證書の引渡を以て、所有權の讓渡行爲を完結せしめ

てゐる。其の證書の形式も大體右の形式と同じである。越えて承安五年三月二十九日の院主大法師質券は、[11]

『謹申請新券文事

合參段貳佰肆拾歩者

右大和國添下郡京南二條四里廿三坪之內

四至 限東畔 限南類地 限西畔 限北他領

右件田地者藥師寺喜多院之所領、諶覺大法師之資師相傳私領也、依有要用、指置質券出擧米參石貳斗處也、但於本公驗者、依有類地、不能指置、仍放新券文可後代證驗之狀如件

承安五年三月廿九日』

『謹申請借出擧米事

合參石貳斗者　但七合斗定

右件米以來秋之時、加伍把之利、如員可辨濟、但爲後日沙汰指置質券水田參段大新券文之處也、若□過今年者、件可質券流渡之狀如件

承安五年三月廿九日　請使　金剛』

債務者院主大法師は、金剛を代理として、右二通の證書を同時に債權者に渡し、前者は債務者が債務不履行の場合は、目的地の所有權を引渡す可き旨を契約し、本來目的擔保地の公驗を債權者に交附す可き筈の處、擔保地は擔保にせられざる土地と共に同一公驗に作成されてゐるから、別に新券を作成して債權者に交附したものである。此の行爲は、僧尼令に「凡僧尼、不得私畜園宅財物、及興販出息。」又田令に「凡官人百姓並不得將田宅園地捨施及賣易與寺。」とあるに、正面より違反する行爲ではあるが、此等の違令的行爲は永曆元年二月七日の上座大法師處分狀に依りて覗はるゝ[12]が治承五年三月二日辨官下文裏書の養和六年十二月の文書にも示され、當時は僧尼と雖も私領を有してゐたから、夫等私領の賣買質入は最早何等禁止されざる事なく、當然の如く行はれてゐたのであつた。[13][14]

(ロ)債權者の權利義務。

(一)債權者は債務者が契約を履行したる場合は、擔保證文並びに土地證書を債務者に返還する事を要する。

天元四年十二月四日伊福部眞實の問に、[15]

『假令甲置質乙許、申請借之後、加一倍利並修己畢、爰乙留置本文書、未返行、就中相副三間一面板屋一宇券、案文同以置、而其文書干今未返之旨、未知法意、謹問。』

とあるに對して、其答に天平勝寶三年九月四日の格を引用し、然る後、

『爲質宅地、禁制尤重、是則失其住所、失其本業之故也、所謂舍屋互是住所也、而如問狀、甲所借之物、乙請得之後留置本文書、不返行之、內屋一宇卷案、于今未返者、決爭之道、尋情爲宗、返補借物之後、何不返彼借書、況乎不返家券、甚乖格制。』

とある。格に、債務者が債務を履行せる場合に、擔保證文、及び此れに添加して渡せる證文を返還す可しと債權者に命ぜる、直接の條文は見當らない。併し引用せる天平勝寶三年の格は、[16]既に曩に揭げた樣に、無產の百姓が宅地を擔保に提供して出擧錢を借り、債務不履行に基き直ちに宅地を債權者に沒收せらるゝと、夫等百姓は耕す可き生活資源を失ひ、諸國を流浪せざるを得ないから、此の弊害を防止する爲めに、爾來此種契約を禁止せるものである。此の格の法意を擴張解釋して、若し債務者が契約を履行するに拘らず家券を返還せられざる時は、債務者は、家屋の所有權を喪ひしものと解せらるを以て、適法なる辨濟ありたる場合は、債權者は契約證文と同時に家券を返還す可しとせるものである。此の種債權者の證書返還義務は中世に於て殊に明確なる觀念の元に理解せられてゐる。天元は圓融天皇の時に當り、天慶亂後四十三年目に當る。斯の如く此種文書質の契約に於ては、債權者は土地或ひは家屋證券を返還す可き義務を負擔した。尙永延二年三月二十五日大乘院十禪師の問狀も同例と見得る。[17]

(二)債權者が質物を占有する場合は、**預物と同一の注意義務を負ふ**(主として動產質)。

此の規程は又律令法に表はれてゐる所であるが、動產擔保が通常占有質形態に於て行はれた結果、此種の條文が存在したのである。不動產擔保は曩に論述した樣に、原則的には抵當形態を採つてゐたから、債權者の保管義務の問題は發生しなかつた。併し乍ら當時は占有質形態、或ひは賣渡抵當形態の不動產擔保が行はれてゐたか否か、明確なる史徵に乏しい。從つて不動產擔保に關する所有質、用益質等の問題は發生しなかつた樣である。けれ共動產擔保に就ては、金玉掌中抄に[18]

『一水火損敗物事。同律云、水火有損敗、故犯者徵償、誤失者不償。』

とあつて、水害、火災等の原因に依る客體の滅失毀損に對しては、債權者若し善意なる場合は、其の危險を負擔せず、惡意である場合のみ、損害賠償義務を負擔す可きものとし、法曹至要抄は更に詳細に、[19]

『質物燒亡事。雜律云、水火有所損敗、故犯者徵償誤失者不坐不償、又條云、亡失官私器物者備償、被盜不償、賊盜律謀反條疏云、執憲履繩務從折中。按之、置質之物燒亡、所謂水火損敗之色、不可備償也、亦可負之物、不可辨補、然則被是無損、自叶折中之法、被强盜盜亦同。』

又次の三十六條に、

『被窃盜可辨事。雜律云、棄毀亡失、及誤毀官私器物者、各備償。按之、被窃盜已亡失也、如元可償之、預物亦同。』

と規定する。此等の條項を併考するに、水害火災に依る質物の滅失毀損の場合と、强盜に依る夫と、窃盜に依るものとに分つて規定してゐる事がわかる。先づ、水害火災に依る質物の滅失毀損の場合は、債權者善意の場合にのみ、其の責任無きものとし、同時に債務者もかゝる場合には、債務履行の義務なく、所謂折中之法に依つて其の危險を相互に折半分擔す可きものとしてゐる。强盜に依る場合亦同じであるが、窃盜に依る場合は、其の危險を債權者側にのみ課し、債務者が質物の返還を請求したる場合は、損害を賠償す可きものと定む。蓋し質物保管の爲めに債權者に一定の注意をなす可き義務を負擔せしめしものである。

此等危險負擔の原則は、公家法時代に實際には如何に慣行されしかを立證す可き文獻は見當らなかつたが、折中之法は中世、近世を通じて慣用されし所で、我國固有法並に舊慣に於ける危險負擔の原則を形成した所である事は注意を要する。

(八) 債務者の權利義務。

債務者は原則として、債務を辨濟す可き義務を有するは勿論である。

尙我國中古の債務が、責任と果して如何なる關係にあつたか。[20] 律令法に依るに、債務者は家資盡者、役身折酬して債務を完濟す可き義務があつた。若し債務を履行せざる場合は(負債違契不償者)一定の刑罰に處せられたる上、尙「各令備償」とあつて、飽く迄債務履行を强制せられ、[21] 債權者は債務者の財產又は身體上に一定の支配權を取得する。卽ち債權者は債務者の客體より滿足なる辨濟を受くるを得るは

勿論、尙滿足なる辨濟を受けざる場合は債務者の身體及び其の財產上に强制執行をなし得た。此の意味に於て、債務者は飽く迄債務辨濟義務を負擔し、債務者は普通辨濟責任も有したものと解せられる。此種行爲が公家法に於て如何に變質されてゐたか明かでないが、行爲の性質上、又當時の社會狀態上、これは務めて勵行されし所であつたであらうと考へる。併し後述する樣に、法律上連帶保證人は、債務者が死亡又は逃亡したる場合に於てのみ、辨濟義務を負擔するものにして、債務者の不履行に基き當然直ちに、辨濟義務を負擔するものではない。

又家族相互間に於ても、債務の事實を關知せざる家族は、當該債務より生ずる責任を當然に負擔する義務を有しなかつた。法曹至要抄に、[22]

『天平六年五月廿三日格云、父母之所負、徵不知情妻子、妻子所負徵不知情父母、自今以後皆悉禁斷、案之、出擧時、不見知者、不辨備、雖有署記不可償、不知情父母、亦同矣。』

又金玉掌中抄は負債罪の事を規定する條下に於て、[23]

『父之所負徵不知情妻子、妻子所負不知情父母、皆悉禁斷。』

とある。此れ律に規定する所であるが、此の原則も公家法下に於て行はれしものと考へられるのである。其の一例として康和三年七月二十三日の石名御庄住人村永元等解に、[24]此の庄の畠、一段の收獲を擔保に供したる債務者得萬法師は債務を履行せず逃亡した。然るに債權者延賢は債務不履行を理由として、擔保地の收益を沒收したるに對し、債務者得萬法師の妻目々女は元等を代理として、「於以前之所負物、妻女更以子細不知。」を理由として、右擔保地一段の麥の返還請求訴訟を本所である東大寺政所に提起してゐる。此の裁決が果して如何に行はれしか不明であるが、併し此の一事は要するに、律の原則が形式的にも、其の效力を有してゐた事を推知せしむるに足るものであらう。[25]

(二) 時效慣習の發生

併し此間に武家法時代の擔保、殊に不動產の所有權の得喪に密接な關係を有する時效慣習が醸成されつゝありし傾向を認められる事は注意す可き事實である。當時の法意識には事實の既存狀態を出來る限り繼續せしめ、以つて社會全般の事態をして靜態に保持せしめんとする意識が强く存在して居たのである。此の意味に於て、公家法時代即ち庄園社會は次に來る封建社會と共に消極的狀態の持續

を志向し、意識的に社會の動的展開を抑制する必要から、且つ、此の必要を痛感する支配者のイデオロギーとして先慣尊重の思想、換言すれば因循姑息な思想があらゆる方面に於て表徵されてゐたのである。時效慣習の發生は卽ち時に就きて表はれたる姑息な支配階級の此種イデオロギー——先慣尊重の思想である。既に天慶五年四月二十五日少學頭經長が丹波國衙に對して、新開田壹町五段の國判を請求せる牒に「以其地子未充用傳法並書寫一切經料年序已尙矣。」[26]を理由として、土地の所有權確認の請求を提出してゐる。年序之法は現行法に所謂時效に類似してゐるが、當時は概して取得時效に用ひられてゐた。不動產を或る一定期間繼續して占有する者は、其の占有を繼續したる不動產の所有權を取得すると認められる法文は、律令法に於てすら曾つて存在せざりし所である。[27]然るにも拘らず、既に公家法の初期に於て斯の如き理由を以つて新開田の所有權確認の請求を爲した事は、當時既に同理由に基き、土地所有權の取得行爲が行はれてゐた事實の存在を推定し得るのである。

又嘉承二年三月十八日の左辨官下文に[28]東寺が所領庄田を收公せられんとするに對して、其の不當なる事を訴申し、「就中至件庄者、爲入領之昔、賜官省符領掌年尙云云。」を理由とし、併せて永久に庄田所有權を確認せられん事を申請してゐる。又天永三年四月に「請被下宣旨於八幡宮寺、停止攝津國字宿久御園領內田畑一段一畝、號燈油庄、儀令押妨、損亡住人狀」[29]にも「其後子孫傳領、可況爲御園領內、已經年序」と見ゆる。斯の如き例は文獻的には當時の古文書に數多く散見し得る所であるが、此種の最も好例は、有名なる延久四年の石清水文書に見ゆる太政官符である。[30]卽ち記錄莊園券契所の勘奏に依つて、官寺所屬の庄園を處分せし內に、河內國交野郡字三宅山の庄園は「今檢國司解狀、件三宅山免田貳拾參町者、件山立券以後年紀多積、准據蹤跡、可被裁許者。」として、舊の如く所有權を取得せしめ、又錦部郡字甲斐、布志見兩庄に對しては「以件地利奉備御供御燈、已經年所者、代々國司所免除來也、國司解狀、同前任理裁許者。」として又從來の樣に租稅免除の恩典を與へると同時に、石清水八幡宮寺の所有地たる事を確認してゐる。

右の諸例に於て既に明白な樣に、公家法に於て年序法が慣習法的形態に於て存在した事實は、我國に於ける時效制度の淵源は此期に發してゐる事を物語るもの

である。公家法の特徴なる先慣尊重の觀念は、生活基底の激動を避けんとする所に萌芽を發し、遂に時效慣習に誘發せしめたのであつたが、而も公家法は明確に取得時效の效果を發生せしむ可き期間を規程せざりしも、武家法に於ては、占有繼續の初めに於て、占有者の善意惡意を問はず、二十箇年占有を繼續する時は、當然に目的物上に所有權を獲得し得るものとした。公家法が占有者の初め善意を以て目的地を占有するを要すとせるに對比して、著しく異る所である。尙時效制度は私有財產制の法形態として必然に現るものであつて、此れが階級隷屬の形態を內包する時には、最も惡く歪曲せられ、財の一方的集積に利用せられる。

以上大體、公家法時代に於ける債權の擔保の發展過程の一班を考察したのであるが、既に明白なる如く、公家法時代は律令法時代と武家法時代との連鎖をなす時代に在り、農奴制發生の期として、次の封建的農民の土地緊縛へと續く時代である。故に武家法に於ける諸種の法律行爲は、其の萌芽形態を此の時代に發生せしめてゐるものが多い。私法行爲も亦此れに洩れず、此の時代に入れば、律令法規に規定せられたる擔保目的物の制限は全く行はれず、あらゆる財產權、物權も亦擔保に提

供せらるゝ狀態となり、加ふるに庄園社會の特性として、土地證券は特種の重要な效力を帶ぶるに到りたるも、最早公驗の煩瑣な形式は用ひられずして、立新券文の簡易な手續を踏んで行はれ、而も此等は手繼證文の形態を採るに到つた。此れ恰も一方に於て、不動產物件移轉行爲が頻々として行はるゝに依りて、此れに應ず可く發生したる簡易手續の一である(文書質發生の理由)。然れ共、擔保形態は中世武家法時代に見るが如き複雜なる行爲を未だ發生せしめず、不動產擔保に於ては、留置的效力を伴はざる抵當形態に於て、動產擔保に於ては、占有移轉の形式に於て、行はれてゐた。此れ既に吾人が前述する所である。併し總體に於て、文獻の徵す可きもの甚だ僅少であり、僅かに其の經過の大樣を辿り、中世武家法との關連を覗知し得るのみである。

(1) 牧敎授、**日本法制史論**二六—三二。同敎授、**日本法制史**(國史講座)六—八、一五四。

(2) **古文書纂**、八。又永萬貳年七月五日僧永祐借券「借請中御出擧米事。云々。右件米以明年七月日加伍把利可辨進、件七月過者、追凡加壹把利可辨進、但明年者自七條南自櫛笥東角、地戶主、口貳丈伍尺、奥拾丈ヲ質券ニ差置奉、永可領掌給云々」(**東寺古文書**、百十七)。**法隆寺文書**、九、康和元、九廿一僧貿券參照。

(3) **東寺古文書**、百十七。

(4) **春日神社文書**、一ノ六九一ノ五七一號文書。

(5) **扶桑略記**廿二、宇多天皇、**類聚三代格**、出擧中。

(6) **貞信公記抄**、**大日本史料**一ノ五ノ七五五。**倘帝王編年記**、保元二年の條。

(7) **壬生新寫古文書**、八五。又**續左丞抄**、第三(**國系本**一二ノ一四一二)「太政官符、山陰道諸國司、雜事拾貳箇條、一、應同停止私出擧利過壹倍事。右同宣、奉勅、出擧私物、格制殊重、況於非法利乎而貪弊之民、被責窮困、窃以借用、返償之間、悉徵資財、云々、如斯之類、縱出契狀、雖經多年、一倍之外可停止非法者。」

(8) **石志文書**、(**編年文書**、五)「注進、肥前國松浦西郡大枌村内田畠事。中略、右件田畠藤原種時繼母尼上手所被所分實也、但於件所分帳者、松浦郡白地他行間、知男字神崎彌太郎大夫許、所令預置也、仍屋物之代、新太郎大夫殿北面所渡進也、於所分帳、種時行向可取進也、其程爲後證文所注進也、敢不可有他妨、自一家長□在地隨近上下皆所知見也、就中、今明種時總劇間不可向行嚴、故且爲後日證文、且爲屋物利分、止護所注進也、仍言上如件、以解。」

(9) **西羽倉文書**。「謹辭、申御出擧代方貿物事。合房一間者。□件房者、先々代米借取其代東室之□房第六室西面方限直米壹斛、(右カ)爲□(後カ)日之沙汰之注所、以解。」

(10) 京大、文、所藏文書、**東大寺三月堂古文書**、一二四ノ一號。倘**法隆寺文書**九、寛治四十廿八僧永能流質券參照。

(11) **春日神社文書**一ノ六九一ノ五七一號文書。

(12) **東大寺文書**、第一、永曆元年二月七日、上座大法師處分帳。

(13) 同文書、第一、治承五年三月二日、左辨官、下、東大寺の裏書に「上略、此内於楞伽院家地拾間並、未申角拾貳間者、屋物

之代人ニテ分渡畢。件家地、本者、雖東口地、今者、成北口畢、自大垣至于覺尹得業領、東西拾玖間參尺也、東邊東西參間、南北拾貳間、源中子ニ貳物代辨。(花押)。中略、東口拾間之内捌間肆尺野田判官、貳物之代辨了。後略。養和元年二月日一とある。

(14) **北山抄**、裏書、長德二年五月廿日、内藏貴子解、申請檢非違使廳裁事。(**大日本史料**二ノ九三七)。又寬弘二年二月四日、明經生太秦宿禰公信賣券の本文(**東文書**、**編年文書**ノ二)又嘉保二年六月八日、上座慶元解、申請別當大僧師御房政所裁事。(**京都博物館所藏文書**、**編年文書**ノ四)參照。

(15) **法曹類林**、群、類、四九三七。

(16) **類聚三代格**(**國系本**)一二ノ七八。

(17) **延喜式**、**紙背文書**、**大日本史料**二ノ一ノ三二五。謹問。假令、甲爲國司、辨濟公事之間、以所領庄公驗爲貰、度行□寺家可濟封物米之代、入借書、請取返抄、爲甲不辨彼返抄代物、不返取公驗之間、立本券文、追可度行□約束、以新券文、賣與於乙之後、爲令建立堂物、永何□□□甲其身卒去、仍寺家司就甲之後家、勘徵之日、可辨□□狀、約諸已了者、而寺家司更尋傳領之丙勘徵、事依無理□(不カ)能和辨、今所疑者、件所募受返抄代物、元是官物、請借返□(問)和三年以來、度度恩詔頻出赦說、仍請明判、謹□。永延二年三月廿五日大乘院十禪師(花)。」

(18) **群**、類、四ノ八一一、故に動產擔保に於ては、目的物の所有權は依然として質置人に存する。

(19) **日**、**古**、**法**、本、三二五、卅五條、卅六條、又預物に就ては、**法曹至要抄**、中「一、預物費用事」並に**金玉堂中抄**、下「一、預物費用罪事」參照。

(20) 中田博士(**法**、**協**、廿九卷)、加藤正治博士(**法**、**協**、卅三卷)參照。Gierke, *Schuld u. Haftung im älteren deutchen Recht*, Untersuchungen z. Staats. u. Rts. *Geschichte*, 100 Heft. 98–116 ff.) 倘、Schröder-v. Künssberg,

(21) **金玉掌中抄**「負債罪事、雜律云、負債違契不償者、一端以上違廿日笞廿、廿日加一等、罪止杖六十、卅端加二等、百端又加三等、各令備償。」又**唐律**卷廿六、雜律に「諸負債違契不償、一疋以上違二十日笞二十、二日加一等、罪止杖六十、三十疋加二等、百疋又加三等、各令酬償。」**疏議**に「負債者謂非出擧之物依令合理者、或缺負公私財物乃違約乖期不償者、一疋以上違二十日笞二十、二日加一等、罪止杖六十、三十疋加二等、謂負三十匹物違二十日笞四十、百日不償、合杖八十、百匹又加三等、謂負百匹之物、違契滿二十日、杖七十、百日不償、合徒一年、各令備償、若更延日反經恩不償者、此自依判斷及恩後之日科罪如初。」宋は全く此條文を繼受してゐる。斯の如きは少くとも支那日本に於ては債務者が責任を有する事を豫定して定めたものである。

(22) **日、古、法**、本、三二二、廿七條。

(23) **群、類**、四ノ八一一。

(24) **東大寺文書**、第一「石名御庄住人村永元等解。申請本寺政所裁事。請被特蒙鴻恩早任道理裁定糺返給、同御庄前住人僧得萬法師之前妻目々女、自故祖父時永手處分賜、竹御園畠壹段之麥、以去三月上旬比知事延賢、號有得萬御法師之所屓物御法、逃去後押苅取候歟、不安愁之哉云々。」

(25) 動產擔保に關する强制執行の例は、**法隆寺文書**、第九、天永二年四月十二日「開浦院住僧等解。申請法隆寺別當律師御房政所裁事。請被殊蒙恩裁、任先例道理、免除院家敷地燈油料畠地地子物、並免返責取質物等狀。」

(26) **編年文書**、二、**東寺文書**、禮ノ部「東寺傳法新牒□丹波國衙、請蒙國判任官省符領掌新開田壹町五段之狀。」參照。

(27) **宋刑統**、卷廿六、穆宗の條に「長慶四年三月三日制節、文契不分明、爭端斯起、況年歲淩遠、案驗無由、莫能辯明、祇取煩弊、百姓所經臺府州縣、論理遠年債負事在三十以前、而之保經逃亡無證據、空有契書者、一切不須爲理。」穆宗は憲宗の後、唐十二代の帝である。唐代既に一定の事由が存在する場合には、時效を生ぜしめてゐる。併し我國に於ては、本文記述の如き經過を經て時效制度の發達を見た。

(28) **編年文書**、四、**東寺文書**、射ノ部「左辨官下、河內國、應令國司言上子細東寺訴申收官管志紀郡庄田貳拾參町捌段漆拾步事。」尙、同文書ノ六、**柏木文書**、壽永三年四月三日賴朝下知狀。「領掌年久」しき事が所有の正當なる事由となつた。此の慣例は中世の文書に多く見えてゐるが、中古の一例としては尙**東文書**、寬弘二年二月四日の賣人、明經生太秦宿禰公信の賣券參照。

(29) **朝野群載**四ノ八八(**改、史、集**、十八册。)

(30) **石淸水文書**、一ノ二七〇ノ一二二號文書。

第二章　人的擔保

第一款　總說

我國の中古の様に、人身法と物件法とが混交し、或ひは公的權利と私的權利とが混在せる社會に於ては、物に基く契約に、人身を擔保として提供する行爲が、素朴な形態の下に附加されてゐるのを見る。斯の如き形態は人の勞働力が特種な價値を有する商品として出現した近代社會に到る迄、其の本質的核心を變化せしめずして行はれて來てゐる。土地或は財產の所有者が一時何等かの必要に逼まられて金錢を借れば、忽ちにして債主の權力下に拿捕せられる狀態となり、債務を辨濟し能はない負債者は自己も妻子も皆債主の勢力下に於て、奴隸的境遇(債奴)に甘んじ、慘憺たる償還義務を負擔せねばならぬ。斯の如き形態、卽ち人的擔保は發生的には一般に物的擔保に先行する處の行爲であり、尙又法律上、保證制度の淵源を爲す行爲である。

我國に於てかゝる人的擔保の慣習が、如何なる形態を採つて上古不文法時代に慣行されてゐたか明白ではないが、今假りに隣國の書に記載された我國上古の此種行爲を覗つて見度い。隋書、倭國傳に、[1]

『其俗殺人、强盜及姦皆死、盜者計贓酬物、無財者沒身爲奴。』

右の文は唐の李延壽の撰した北史東夷傳の倭國の條にも見えてゐる。[2] 右は直接債務關係に基きて發生したる所謂債奴を示したものではないが、强盜が贓物を計算して原主に返還する場合、其の强盜が返還す可き財を有せざる時は身を奴に沒する慣習があつた事を示してゐる。併し我國の文獻、例へば持統天皇元年秋七月甲子の詔に、[3]

『凡負債者、自乙酉年以前物、莫收利也、若既役身不得役利。』

の明文あり、同五年三月の詔にも亦、

『若有百姓弟爲兄見賣者、從良中略、若准貸借沒賤者、從良。』

の明證がある。此れ等に依れば、事實上孝德朝以前に既に、債奴的慣習の存在した事を示すものである。併し後に觸れる如く、唐法繼受後は其の繼受法の上に良人

質入禁止の一條を記載してゐるが、奴婢質入は暗に法の認むる所であり、事實奴婢が頻々として質物の客體となつたのである。併しながら自由人たる良人の賣買質入が、事實は兎も角も、法上に於て禁止せられた事は、古代ゲルマンの夫と同樣であつた。けれ共良人の質入が禁止せられしにも拘らず屢々行はれし事實は、現存する古證文に依り明かに立證し得るのであるが、何故良人が質入賣買の客體となつたかは階級的支配の統制の下に社會が構成せられたる限りは、常態としてかゝる慣習が表はれる所である。言ふ迄も無く階級國家に於ては債權者たり得る富裕者は、身分的にも上層に位置する者等の構成する所で、我國に於ては所謂權勢家寺社及び地方豪農が、此れに屬してゐた。故に事實上債務者は奴婢をさへ有せざる階級に屬する者なるが故に、擔保に供し得可きものは、自己及び妻子以外何物もなかつた。少く共、自己及び妻子の勞務が唯一の財源であつた。斯の如き最後のもの迄搾取し得る階級に屬する者は又法律を解釋し得る者であるが、此等の者は法律を曲解して、表面上形式的に露骨な債奴的手續を踏まざる場合は、默認する立場を採つたのである。かくのごとく解せねば債權者たり得る富裕者階級は自己の權利が法律上保護せられぬと見てゐた。此の事は其の反面に於て債務履行不可能の境遇にある者は、債權者に隷屬的に服從する事を、最も至當なる債務者の道德的義務なりとしてゐた事を示す。勿論かゝる現象は近世迄、曾つて變化せられず行はれてゐる。尙奴婢の質入行爲は前述の樣に、法律が公然に認むる所であつた。我が中古初期に於ては他の民族に觀る如く、一般に奴婢の勞働力は非常に價値ある生產力として評價され、特殊な技能を有する者は、一般の奴婢に比して稍〻社會的には好遇さへされてゐるが、尙奴隷的地位を完然に脫却し得ず、而も其の數の如何に多きかは大寶令別記に見ゆる技藝を有する伴部、品部、雜戶の數に依りて此れを覗知し得る。斯の如く、勞働力が財として其の價値を經濟機構の內に於て標價されてゐた現象は、半開の社會に於ける勞働力の缺乏せる時代より、近代社會に於て豫備勞働力が橫溢する時代迄、一貫して現はれる所であるが、殊に半開の社會に於ては、勞働力以外に生產手段が存在しなかつたので、其の價値は唯一の生產手段としてより重要に標價せられたものである。併し延曆八年の格に依つて奴婢解放の端緖が開かれてから、次第に律令法の奴婢に關する法制は、ともかくも法

形態として其の實效を喪失するに到つてゐる。而も自由民たる良人の債奴的隷屬の慣習は漸次此れに代る地位を占め、そして債權者の土地兼併に基く大土地經濟が遂に庄園社會出現の一軸をなしたのである。

併し乍ら律令法に於ては繰り返へす迄もなく兎も角も、良人の質入賣買は、形式上は此れを禁止してゐた。けれ共無產の良人が債務を完濟する能はざる場合は、自己の勞務を提供して債務に代當するより外に策なき事は明かである。律令法が「役身折酬」に依りて此の行爲を認めたのは、法律上の正面よりは良人の質入を禁止した事になるが、實は飽く事なき債權者の搾取方法を規定せるものである。債務者の誅求する所となつた事情は、靈異記に多く其例が見えるが[5]「負人如奴、物主如君、負人如雉、物主如鷹」の一句は屢〻引用せられる有名な靈異記中の一句であつて[6]、此の句は最も巧妙に當時の債務者の狀態を比喩的に物語るものである。

尙保證制度が人的質入より發生したことは、我國に於ても他の國の法形態の發展と同樣であつた。保證人は他人の債務の代當責任者として自己の財產上に、或ひは又勞働力上に、債務者の不履行の場合に代りて責任を負擔するものであつて、

其の詳細は後述する所である。我律令法時代の保證人の觀念は、現行法に所謂保證人と勿論稍々異なる概念の元に理解されてゐるが[7]、後述の樣に保人は主たる債務者が債務不履行の時に、其の債務を代償す可き責任者であつて債務者でない。併し後には、保人も從たる債務者の地位を占むるに到つてゐる。尙償人の觀念に就ても、亦現行保證人の性質に甚だ近似するが、其の詳細は後述に讓る。

(1) 此書は隋の歷史である事註記する迄もない。故に大體我が國推古朝前後期に於ける隣國の歷史である。編纂は唐代である。

(2) 北朝四朝の歷史である事勿論である。併し東夷傳倭國の條は明かに隋書に依つてゐる。

(3) **日本書紀**、卷卅。

(4) 此れに關しては瀧川政次郎博士の著述及び論文を參照されたい。今假りによく引用せられる天平勝寶二年四月廿二日の美濃國司の解を見るに「奴小勝、三四歲、價格稻一、〇〇〇束、所有者武義造宮廬。奴益羽、一五歲、價格七〇〇束、所有者神直大庭、奴豐麻呂、廿二歲、價格一、〇〇〇束、所有麻呂。婢古都賣、廿歲、價格八〇〇束、所有者上連稻實。婢乎久須利賣、廿二歲、價格八〇〇束、所有者物部足る。特に瀧川政次郎博士の「**天平時代に於ける奴隸の價格に就て**」**恩想**卅三號參照。尙阿部弘藏氏、**日本奴隸史**、一〇三—一〇六。

(5) **日本靈異記**上ノ三十、中ノ三十二、下ノ三、四、二十二等。

第二款　人身の擔保

(一)奴隷を客體とする擔保。

我律令法に於ては、奴婢は物である。律疏賊盜律の條に、[1]

『凡謀反及大逆者皆斬、中略、父子若家人資財田宅並沒官。』

とあり、其の註に、

『其家人不同資財、故持言之、奴婢各同資財、故不別顯。』

とある。賊盜律に家人を資財田宅と併記した理由は、家人は財物にあらざるも、奴婢は財物なるが故である。尙同律の「凡以私財物奴婢畜產之類の」下に、[2]

『碾磑邸店莊宅車船色類至多、故云之類、餘條不別顯、奴婢者與畜產財物同。』

とあり、稍々時代は降るが、法曹至要抄「奴婢合所生子可從母事」の條には、[3]

『奴婢於律比畜產。』

とし、賊盜律が解釋する所にこれ亦從つてゐる。併し尙、律逸、名例律には、[1]

『生產蕃息、謂婢產子、馬生駒之類』

と解せる一句があり、此等は何れも奴婢が法律上の取扱に於ては物、畜類に擬せられた事を立證するものである。併し勿論奴婢は畜類に全、然、等しいとは解せられてはゐなかつたのである。例へば賣買に就いては馬牛賣買は私券を以て行ひ得るが、奴婢の賣買は關市令に「皆經本部官司、取保證立券付價」する事が必要とされた。此れは其の一證左であらう。

けれ共法律上、奴婢は物なるが故に物的擔保設定の行爲と同一な手續を踏んで行はれ、およそ此れに依りて發生する權利義務の關係も亦、物に對すると同一な效果を生ぜしめてゐる。今、正倉院に殘存する一例を擧げれば、[5]

『謹辭　申請月借錢解

合壹貫每月百文別十三文質物婢阿古女年卅

右限二箇月內所請如件、若不得進納者質物沽成將進上今注狀以解

玉作廣長

相知受客乙　麻呂』

寶龜三年四月二日

右は金額壹貫文を期間二箇月、利率年十八割を以て約定した證文で、債務者廣長は自己の所有する女性の奴隷、卽ち婢を擔保として提供して居るのであつて、若し債務を辨濟する能はざる場合は、上記婢阿古女を賣却し、其の得たる金額を以て債務に充當する事を約せるものである。當時法律は歸屬質を認めず、賣却質の手續に依るを原則としてゐたので、右證文の形式も賣却質の形態を採つてゐるが、實際に於ては歸屬質が寧ろ通慣ではなかつたであらうか。現存する奴婢質入證文は正倉院文書中に僅か右一通を殘してゐるのみであるが、當時の社會經濟の實際的狀態は曩述の様に、原始資源が堆積せるに比し、勞働力の缺乏してゐた時代であつたから、奴婢は擔保客體として、頻々として流通されたものであらう。右阿古女が右證文の文意のみでは果して占有質形態を採つてゐたか、無占有質形態であつたか明白でないが、寶龜四年正月十一日に債務者玉作廣長は絁一匹を壹貫文の代當として債權者に引渡し、以て債務を完濟した事にしてゐるから、或ひは無占有質であつたとも考へられる。此れを要するに、奴婢が物的擔保の形式と全く同一な手續に依つて、而も形式上賣却質を以て慣行せられた事實は、否定する事が出來ない。

(二)良人(自由人)を客體とする擔保。

自由人たる良人が債務支拂不能の爲めに、債務の代償として、自己又は第三者を債權者の支配に服從せしめ勞務を提供して、以て債務を辨濟する手段としてゐる事實は、其の外觀こそ變裝されてゐるが、繰り返へす迄もなく、現代に到る迄實質的には何等の變化をも伴はれずして行はれてゐる所である。

我國の律令法は、直接に良人質入の禁止規定を有してゐないが、勿論此れを禁止してゐたものと解せられる。中古初期に於ては、條文上は可成り嚴格に、自由人と不自由人との間を隔離してゐる所であつて、律逸は唐律を引用して、

『諸錯認良人爲奴婢者、徒二年、爲部曲者、減一等、錯認部曲爲奴者、杖一百云々。』

と規定し、自由人を不自由人と錯認する事すら、嚴禁してゐるのである。故に自由人は奴婢の様に賣買質入の客體となる事は一見無い様に見えるが、事實が當時の古證文に於て、吾人に雄辯に、良人質入の存在を物語つてゐるのである。

曩に觸れておいた様に債務者が債務を完濟する事能はざる時は役身折酬して、飽く迄債務の完濟を要求せられた。これは義解の註に、

『若雖有位之輩、無財以備者、亦役身折酬、其五位以上、資俸稍寬、故入無財之限也。』

として、有位者と雖も異る事が無い。又債務を完濟せざる者は佛教に所謂得度受戒を禁ぜられる不利益を甘受せねばならなかつた事は、貞觀七年三月廿五日の格が、

『太政官符、應一據舊例得度者受戒事。中略、其年不滿廿若七十已上、並國家不放之人、債負人、黃門、奴婢之類非是戒器、故佛不聽受戒云々。』

とし、明瞭に此れを指示してゐる。當時は佛教思想の旺盛ならんとする氣運に赴いてゐた時代であるから、斯の如き不利益を受くる事は到底平常人の堪へ得ざる所であつたので、債務者は債務を早く完濟せんとし、爲めに役身して折酬する。即ち此れ佛教思想が搾取形態を二重に正當化せんとしたのである。此の場合は事實上、債奴的境遇に於て債權者の驅使に從つたが、當時の社會思想は此れを當然なりと考へてゐたのである。今、正倉院文書に依り、此等に關する二三の實例を擧げ度い。[06]

『謹辭　申出擧錢請事

合請錢　四百文

高屋連兄胲　質口分田二段

相妻笑原木女　女稻女　阿波比女

(右カ)□人生死同心、八箇月內半倍進上、若期月過者、利加進上、謹解。若年不過者稻女阿波比女二人身入申

天平勝寶二年五月十五日』

次に尙一例を示すと、

『申請月借錢事

合壹貫文利者百卌　質物壹區地十六分之半板屋三間在右京三條三坊、口分田三町八段、在葛下郡

右限一箇月、本利並將進上、若期間過者、妻子等質物成賣、如數將進納仍錢狀解

寶龜三年十一月廿七日　專受　濱足(以下略)』

右二通の證文は、何れも實際上、自由人を擔保に提供せる例である。前例は債務者高屋連兄胲が口分田二段を擔保とし、妻娘を連帶の債務者として、令の規定する所に從ひ、期間八箇月、利率半倍とし、約定期間經過するも債務の完濟なき場合は、爾

後は利率を更に上昇す可きもので、尙一箇年經過後は、自己の娘二人の身體を擔保に提供す可しと約定せるものである。後例は債務者丈部濱足は家屋、敷地其他の不動產物件を擔保に提供して壹貫文の貸借契約を締結したるも、約定期間內に債務を完納する事能はざる時は、上揭不動產物件を賣却したる金額を以て債務に充當し、尙不足額ある場合は、妻子を擔保として提供す可き事を約定せるものと見る事が出來る。此等は共に明白に律令法の法意に違反する行爲と言ふ可く、殊に後者は其の著しいものである。[7]

斯の如き人身質入の慣習は、おそらく所謂公家法時代に於ても、頻々として行はれたであらうが、文獻の直接見る可きものが欠缺してゐる。當時人身賣買の慣行さへ尙行はれてゐた事は法令に依り、或ひは種々の物語本等に依り覗ひ知られるのであるから、人身質入の行爲はより以上行はれたものであらう。殊に公家法時代は土地制度が紊亂し、庄園社會の發展期にあつたから、小土地所有者たる自作農民が種々の原因に依つて自己の所有する土地より離散する傾向があつたのである。おそらく、此等原因の內には、農民が自己の所有する土地を擔保流として權勢家寺社等に收奪された場合は、自己も亦土地と共に權勢家寺社の權力に服し、ここに農奴的階級の發生を誘致せしめつゝあつた事情が存してゐたと見る事が出來る。卽ち債務者は、曾つて自己の所有したりし土地に自己を緊縛し、恰も債權者の被傭者たるが如き地位に於て、生涯を債權者の搾取に甘んじたのである。奴隷制度はこゝに崩壞すると共に、農奴制度が自由農民の上に建設され、人身の質入は違つた形態で行はるゝ樣になつた。併し乍ら此の時代の此等に關する史料が僅少で、此後の研究に期待する事甚だ多き次第である。

(1) **日、古、法、本、八八、第一條。**
(2) **同一一四。群、類、四ノ七九〇、律疏殘篇第四十二條。**
(3) **法曹至要抄、中、五十二條、同、三三九。**
(4) **律逸卷一、又奴婢は口分田を支給されたに拘らず課役を免ぜられた。(戶令「不課調、中略、家人奴婢」併し租稅は出さればならぬ。「穴云、中略、家人奴婢可出租、陵戶亦出租」令集解一二ノ三九七)。口分田を支給された者は、奴婢ではなくて、奴婢を所有する自由人であると見得るから、從つて此等の租稅は奴婢を所有する自由人から出したものである。尙奴婢が物と見られた例は多い。律疏殘篇に「凡略奴婢者、以强盜論、和誘盜以窃盜論」とあり、又同篇に「凡以私財物奴婢畜產三類貿易官物者、計其等准盜論」又雜律「買奴婢馬牛立券後有聾病者三日內聽悔、无病欺者市如法」等は此の一例と見る事が出**

來やう。古代法に於て奴婢が馬牛に等しく見られたのは、此等が Essende pfänder の概念に於て理解されたからである。

(5) **大日本古文書**十九(追加十三)ノ二一一三。瀧川政次郎博士は家人を質入する事が出來なかつたと解して居られる。(奈良時代に於ける人身の質入、**法律學研究**二九ノ二ノ三二。)

唐宋時代に就いては、仁井田氏、前揭一〇ノ九〇。

(6) **大日本古文書**三ノ三九五、同十九(追加十三)ノ二九七。瀧川博士前揭三二以下。

(7) **大日本古文書**六ノ五八四に「丈部長岡等月借錢解」がある。本文は左の通りである。

『謹解　申請月借錢事

合壹貫伍佰文利百文別十五文貨物國養

丈部長岡五百文　大生子敷五百文　額田部礒鳴五百文

右件錢者、限來十二月上旬、本利共將進上、若有此中一人闕、留人等同心、依請數進納、仍註事狀、以解。

寶龜六年九月廿二日　丈部長岡　大生子敷』

となつてゐる。これも亦良人の質入の一種であらうか。

第三款　保證

保證制度は對人擔保の一種であつて、發生的には人質制度(Geiselschaft)を淵源とする事は、一般に學者が既に指摘せる所である。我が律令法並に公家法時代に於ける保證制度は、物上擔保と相並んで行はれ、債務者以外の第三者をして辨濟義務を負擔せしむる方法として慣行せられたが、其の名稱及び內容に於て、勿論現行法上の保證債務と異る所のものがある。

第一項　保證制度

保證制度は債權者の權利を十分に保全する目的を以て利用せられる、債權保全の方法である。

大體、法律上の規定に於ては、唐代に於ける保證制度は債務者逃亡の時のみ保證人に責任を負擔せしめてゐた。併し實際上は債務者が死亡しても、保證人が責を負ふ慣行があつたものとせば、全く我國の慣行に等しいのである。又唐律令に於ては保證人に類似する者に、保人と證人があり、唐代古證文上に於ては、保人が連帶保證人に類似する責任を負擔するものとして記載されてゐる。例へば元和九年九月廿七日喬進臣買地券に保人三名の連署があり、[1]庫木吐喇發堀、大曆十六年三月廿日の借錢文書にも保人の名が見える。[2][3] 尙此の外に、證人、見人、[3]知見人、讀契人、書契

人等[4]と稱せられる者が古證文上に見えてゐるが、此等に就いては明白でないが、後に觸れるつもりでゐる。

要するに保人は、主たる債務者の契約を擔保せる一種の對人擔保であつたのである。

我國に於ける保證制度の起源は觀念的にはウケヒに出づと思ふ。[5] 律令法は唐法制に係りて保人の觀念を繼受したが、尙償人、口入人なる慣習が、我國に於て發生してゐる。上古未だ信託的觀念が明確に把へられてゐなかつた時代に於て、將來に係る行爲の保證を要する場合は、神意を以つて契約の趣旨を履行する事を誓約したのである。此れウケヒであり、ウケヒに祈誓誓約、誓等の漢字が充てられる所以で、おそらく神前に於ける嚴肅な宗教的儀式の形式を踏んで行はれたものであらうと想像する。此等將來行爲の保證は初めは自己保證の形態で行はれてゐたであらうが、やがて他人の將來行爲を、第三者がウケヒする慣習が發生し、此れが遂に原則的行爲となつて、第三者保證の觀念を形成したものであると見る事が出來る。斯の如くウケヒは其の原始的形態より將來行爲に對する一種の保證を包含してゐたのである。我が律令法は唐法の體系に依つて全く法律行爲を規定してをり、我國古來の慣習的要式行爲たるウケヒを其の儘採用してをらないが、併し法文の形を採つてウケヒの觀念が概念化されてゐるので、全く保人とウケヒの基礎的觀念は、同一な概念範疇に於て論ずる事が出來るのである。

以上自分は保證制度發展の概念を叙述した。既に明かな樣に、保證制度の始源的形態は上古法上に其の存在を認むる事が出來る。時には多分に宗教的思想の色彩を帶びてゐる事があつても、一貫して債權者の權利を確保する目的より發生した制度である。故に他方人質制度と密接な關係があり、保證制度亦一種の人質制度と看做されてゐたのである。

尙又一方上古に於ては、人は自己が目的物を現實に占有せずして、擔保契約を締結する事は到底考へなかつた。これ當時の人は飽く迄目的物を現實に直接的に支配せざれば、目的物に對して權利を有すると考へる事が出來なかつたからである。故に若し無占有的對人擔保の制度を設定する場合は、契約違反者を罰す可き甚だ强き力を有する「第三者」の存在が必要である。上古人は此れを神に假託し、神

罰の威嚇の元に於て、契約の履行を強制したのである。故に當時保證人は神前に於て保證義務の履行を誓約したのであつた。此の神罰は中古以來、大部分は國家の公權的刑罰に代位されたが、尙起請文の形式に依りて近世の社會迄、其の形態の系を引いてゐる。

(1) 葉昌熾、藏石、卷五。

(2) 西域考古圖譜、下卷、十一號、十二號ノ二。

(3) 見人が果して如何なる內容を有する法律行爲であつたか明かでない。元和九年九月廿七日の買券に見人李定の名が見える。辭源(商務印書館版)下册、酉集、一、見部に「見證」の項の說明がある。「見證明效也(淮南子)仁者積慰之見證。法律上謂行爲時在旁目堵之人爲見證、亦稱證人」とある。此れは勿論現在の解釋である。字源一七七二に見證を「明かなるしるし」と解してゐる。憶ふに此れより遡考すれば、或ひは此れ我國の證人と相通ずる一種の立會人であらうか。尙考ふ可し。從つて知見人とは我國慣習上の知同心、知申給人、相知受等の知に通ずる意味で、立會人と同種の行爲を爲せしものと考へる。知は行爲の內容を知悉する事を意味するのである。

(4) 宋代の賣券に現はれるが、其の內容亦後考するを要する。契約の際の代書者が一種の口入行爲を爲せしものか。

(5) 牧敎授、日本法制史論、一三七。ウケヒは宇氣比(古事記、上)宇氣譬(日本書記、神代)又祈(ウケヒ)等といふ字が充てられてゐる。優訓栞、前編、四、宇の條に「請言の義いのりちかふ事といへり」とある。

第二項　保證の性質

(一) 保人。令義解戶令に、

『凡新附戶、皆取保證、謂新附戶籍三人始附貫也、保證者、保、保人也、證、證人也、依文保證、須並取也、所以逃亡詐冒也。』

とあり、集解は、

『穴云、保證相須保、謂五保內五人不論親疎取也、中略、讀云、中略、保謂五保五人、公式令云、須責保者、皆以五人爲限、又上條云、戶皆五家相保、謂之保也。』

とある。卽ち保人は五保之制より出た一種の保證人である。此處に所謂保は行政上の地方自治體の單位であつた。卽ち保は公法的性質を帶ぶる姦非督察機關であつたのであるが、此れと共に私法上の行爲に迄次第に此の制度は援用され、遂に私法的契約、特に多くの場合、不動產物件の得喪變更の如き、他日爭訟發生の懼ある行爲に對しては、客體又は行爲の適法に履行せられ、又せらる可き事を保任する證人として證書に、主たる債務者と連署する制となつたのである。唐名例律、略和誘人條疏議に、

『嫁娶有媒、賣買有保。』

の對句は、右の私法的行爲を表はすものであり、詐僞律の[2]

『諸保任不如所任、減所任罪二等。』

又斷獄律の[3]

『諸拷囚不得過三度、數總不得過二百、杖罪以下不得過所犯之數、拷滿不承、取保放之。』

等は公法的保人の例である。又斷獄律の上揭條文は我國戶令の「所以逃亡詐冒也。」と共に、保人を保任之人の意に解し、犯罪者が逃亡するを防止する目的の爲めに、保人を取ると解してゐる。卽ち此の場合保人は「ウケアフ」人の意である。犯人の逃亡せざる事を請合ふ謂である。然るに此の公法的行爲が重要な私法的行爲に援用され、殊に債權保全の目的の爲めに保人の設定を債權者が債務者に求めたのは、頭初に於ては、債務者の逃亡を防止する爲めであつたと考へられる。卽ち一種の對人擔保である。宋刑統卷廿六は、

『諸公私以財物出擧者、任依私契官不爲理云云、家資盡者役身折酬、役通取戶內男口、又不得廻利爲本、若違法積利契外斲奪及非出息之債者、官爲理、收質者、非對物主不

得輒賣、若計利過本不贖、聽告市司對賣有剩還之、如負債者逃保人代償。』

と規定する條文を揭載してゐる事は此れを裏書する。併し唐代に於て、實際上斯の如く制限されたる保證人の保證責任は、債務者死亡の場合に迄擴大されてゐる。[1]太和八年疾愈德音の詔令及び、元和十四年七月二十三日上尊號赦は此の例である。今後者を例示すると、

『門下、中略、御史臺、及秘書省等三十三司、公廨及放諸色本利錢、其主保逃亡者、並正擧納利、十倍已上、攤徵保人、納利五倍已上、及展轉攤保者、本利並宜放免、中略、京城內私債、本因富饒之家、乘人急切、終令貧乏之輩、陷死逃亡、主保旣無、資產亦竭、徒擾公府、無益私家、應在城內、有私債、經十年已上、本主及原保人死亡、又無資產、可徵理者、並宜放免。』

とありて、明かに當時債務者が死亡の場合も保人が代償したと解する事が出來る。此等保人の保證した債務者が、逃死したる場合の責任は、我國に於ては明かに令に於て定められた。雜令に、

『負債者逃避保人代償。』

とあり、義解は、

『雖負人身死、而保人亦代償。』

とする。卽ち我國に於ては保人の責任は、主たる債務者が存在する場合は、假令其の者が無資產であつても、代償義務は負擔せぬ。債務者は掣奪の方法、卽ち一種の强制執行を受け、尙債務を完濟する能はざる場合は、役身折酬して債務の完濟を命ぜられる。換言すれば債務者が現に存在する場合は、保人は何等の責任をも負擔せざるものであつた。併し若し債務者が逃死した場合には、初めて本債務の完濟の責任を負ふのである。

若し保人が多數存在する場合に於ては、保人相互間の責任は、雜令の規定する所に據れば、

『若二人共保、而一人身死者、亦一人全償、不可折死人之分。』

として、殘存する保人が全責任を負擔したのであつた。併し我國中古前年の古證文中に保人の連署ある證文を發見し得ない。蓋し保人の責任は上述の樣に、非常に限定されてゐたので、債權は充分確保せられざりし爲め、實際には餘り用ひられざりしものであらうが、唐代の古證文には保人連署の實例がある。[5]

(二)償人。償人と證人との關係、又見人[6]との相違點に就いて確證は存在せぬのであるが、我中古前半の古證文に屬する正倉院文書の上に記載された償人を意味する名稱は、償、相證、償人、償證人等がある。證人に就いては證の一字を肩書するものがある。唐の古證文に於ては、償人、證人の名稱の連記あるものを未だ見聞しない。又我が律令法には唐律令法と共に、償人を直接規定する條文は存在せるのである。此處に於て償人及び證人の性質如何は問題とならざるを得ぬ。戶令の「凡新附戶、皆取保證。」に、

『保證者、保、保人也、證、證人也。』

とあり、集解に從ふ時は、

『卽八十以上十歲以下及篤疾皆不得令其爲證也。』

又、

『證不言情各有罪條。』

とある。此れ等は何れも證人たるには完全なる行爲能力を有する者たる事を要

し、新附の者が逃亡者又は詐冒者に非る事を保證する能力のある事を要求してゐると解せられる。從つて證人は又事實を眞實に陳述する義務あるが故に、かゝる能力を有せざる者と看做された八十歲以上、十歲以下及び篤疾者を除外したのである。正倉院文書に於ける證人は或は償人と連署し、一人にして償人、證人を兼ねし例の存してゐるのを見れば[7]證人と償人との行爲の內容が各々異る所があつたと想像される。故に證人はおそらく後世に所謂保證人に非ずして、單なる身元引請人であり、契約に於て、契約の締結を見證する者であつたと考へる。現代の支那辭典に、「[8]法律上謂行爲時在旁目睹之人爲見證、亦稱證人」と解してゐるが、此處に論ずる證人も亦、此種見證之人、目睹之人を意味したものであつたであらう。從つて先に述べた見人は見證之人の意で、我國中古の證人と相同じく、近世の立會人に類似する行爲を行つてゐたものであらうと考へる。尙後考を俟つ所である。

次に償人が論ぜられねばならぬ。正倉院文書に償人連署の文書は可成殘存するのであるが、其の內容に於て、此れ亦明確でない所がある。償人を代償之人と解せば、寧ろ現行法上所謂保證人に類似する者となる。償は「償還所負之債也、債古作

責。」とありて、唐書の「雖死不足償責。」に通ずる樣であるが、併し此れのみを以ては、正倉院文書に最も多く現はれ、而も後世の文書に見る能はざる償人の性質は不明である。中田博士は天平勝寶二年五月廿八日息長眞人黑麿出擧錢解を引用して、此息長黑麿を償人と假に解釋してをられるが[9]、若しかく解釋する事が出來ればの償人の性質は稍〻明瞭となるのである。

事實、償人は保人の不完全なる債務責任に代つて發生したものであるから、償人を代償之人と解して、債務者の債務不履行の場合は直ちに其の責に任じたものであらう。

保人の責任は、先に述べた樣に、債務者の死亡、逃走の場合に限定されてゐたから償人制度の發生を誘起したのであつた。

(三)口入人。　裁判至要抄に、

『按之、負人逃亡口入人辨、謂保人者口入人也。』

とあり、法曹至要抄に、

『負人逃亡口入人辨事、雜令以財物出擧條云、如負債逃避、保人代償。　義解云、雖負人

身死而保人亦代償、案之負債之人逃亡時、保人代雖可償、一且口入之人、無可辨之文、但前人不知負人之貫屬者、口入人可辨補矣。』

とし、裁判至要抄は、保人は卽ち口入人也として、口入人を保人と同一視してゐるが、法曹至要抄は債務者が逃死したる場合に債權者が債務者の貫屬を知らざる時は口入人は辨濟の責に任ずるとして、口入人の責任範圍を保人に比して限定してゐる。尙又法曹類林は、[10]

『假令甲先年以乙爲口入人、入借書、擬借用丙叔一石、而乙不令知於甲請取叔實、宿置丁所、其後乙與丁同心宛行他人。』

と記してゐる事は、口入人が恰も契約又は行爲の周旋人、仲介者の如き行爲を爲してゐた者と想像されるのである。

斯の如く口入人の性質に就ては、我國中古の後半の法律書と雖も區々に解してゐる所であるが、憶ふに律令制に於ける保人が次第に實際に用ひられざるに到り、民間に於ては此れに代りて發生した償人、證人が用ひられたが、償人、證人は完全な辨濟義務を負擔するものであつた爲め、保人の如き、尙一層責任の輕き契約の周旋人としての役割を果す行爲が必要であつた。此の事は當時の社會經濟的實情として、契約當事者が隔絕して居住してゐた狀態の然らしめた所であるが、此の役割を果す者として口入人が發生したものであつたと考へる。併し次第に口入人の負ふ可き保證の範圍も擴大され、遂には完全な保證人と見られる樣になつたものであらう。口入人は中世、近世の證文面に於ても盛んに用ひられてゐる所である。

第三項　連帶保證と分括的債務

(一)連帶保證。保證人が數人存在する場合にして、其等の內一人を殘して他は死亡した時は、旣に一言した通り、殘存する保證人は債務金額を辨濟する必要があつた。正倉院文書中には普通證文上の主たる債務者と連署して數人の者が存在する場合があるが、其の主たる債務者を除く殘存の最初に記載された者の肩書に償人と附記し、以下の者には何等の附記はない。此の場合亦相受と附記してゐる者もある。寶龜六年九月廿七日船木麻呂月借錢解は[11]「償人、他田嶋萬呂。物部常石。工淨成。占部忽男。滔波家麿。知申給人、大伴淨人。」とある。此れは前者の一例で、他

田嶋萬呂以下の五人は償人であると解せられ、大伴淨人が知申給人である。既述の様に償人の義務に就いては、當時の法令に何等規定する所がなかつたものであるから、法令中より償人の負擔したる義務の內容を導き出し得ぬが、併し償人は既に決論した様に、大體保證人と同様の義務を負擔してゐたものであるから、主たる債務者、卽ち專受船木麻呂の債務、月借錢壹貫文の返辨に就いて、連帶して保證たものであらう。斯の如き例は尙多く正倉院文書中に存在し、寶龜四年四月六日山邊千足月借錢解には證人[12]が四名、知同心が一名連署してゐる。此等償人、證人は、何れも債務者の債務不履行の場合に、債務を代償したものと解する事が出來る。

(二)分括的債務。寶龜四年四月五(六)日白髮部節麻呂等月借錢解を見ると、[13]

『謹解　申月借錢請事。

合伍佰文　一月百文別十五文利加

右件錢、請今到夏衣裁給、本加利將數如進畢、具注狀、謹解

寶龜四年四月五「六」日白髮部節麿貳百文

秦廣津　貳百文

早部名吉　佰文

參人同心　』

とある。卽ち債務は一箇であるが、其の內部關係に於て債務者三名は各自の負擔したる金額を連記してゐるのであるが、此の場合內部關係が債權者に對抗し得たかは知り得ぬ。

又、同寶龜三年九月七日の、[14]

『謹解　申請月借錢事

合錢伍貫肆佰文利加貫別百卌文

番上丈「末」部濱足錢壹貫文質物布四端　以十一月廿四日「一貫」納三百文「四」二月又十日利

古兄人　錢壹貫文質物布四端

「末」桑內眞公　錢壹貫文質物布四端

坂上忌寸諸人錢壹貫文質物布四端

占部忍男　錢壹貫文質物布四端

淡海金弓　錢肆佰文質物布二端

右錢、到布施給時、本利共將進納、仍取六人署名、謹以解、

寶龜三年九月七日

依員行　　司

以十一月廿四日納三千九百十二文三千文本九百十二文利　二月又十日利

古兄人　坂上諸人　占部忍男

右三人、々別一千三百四文

以同月廿六日納桑內眞公一千三百五文一千文本三百五文二月又十日利』

を仔細に檢證すると、古兄人、坂上諸人、占部忍男は同年十一月廿四日に本錢三千文卽ち三貫文と、利息として二月十日分、九百十二文を納付し、桑內眞公は同廿六日に本錢一千文に利息二月十日分として三百五文を返納し、番上丈部濱足も亦、十一月廿四日に元本一貫と利息三百四文を返納してゐる。淡海金弓のみが尙元利共に返辨してをらないのを知る。然らば伍貫肆佰文の債務は一箇の債務に非すして、實は數個の債務の合したるものであり、各債務者は各〻自己の擔保物を提供すると同時に、自己の債務をのみ返濟し、全く分括債務の如く解釋し得るのである。此等の例は甚だ多い。斯の如く解釋すれば、前揭寶龜四年四月五日の契約は亦分括債務であつたと考へられるのである。併し「右件六人等、生死同心進納、仍注狀、謹以解。」とか「上件錢、請人等生死不論、同心請如前。」とかの文言をのみ深く考へると、恰も共同債務の樣に解釋されるのである。此れは愚考するに、第一次的には各自の分擔債務を辨濟する事を約し、第二次的には債務完濟不能者の代償義務をも負擔したものであろう。

(1) **令集解**九、**戶令**、又同二、**戶令**「凡戶逃走者、令五保追訪、三周不獲除帳、其地還公、未還之間、五保及三等親、均分佃食、租調代輸。」

(2) **唐律疏議**廿五卷「保任不知所在、謂保任不知所任滅所在罪二等、卽保識重於窃盜、從窃盜減若虛假人名爲保者笞五十。疏議曰、保任之人皆相悉所保既乖本狀節是不所在、云々。」

(3) 同廿九卷。尙仁井田氏前揭一〇ノ三八以下。

(4) 仁井田氏、前揭一〇ノ四三以下。

(5) 例へば**西域考古圖譜**、下卷、史料十一、庫木吐喇發堀、舉錢人揭三娘、保人連署、唐大曆十六年借錢文書。葉昌熾、**石語**、卷五等。

(6) 葉昌熾、前揭書、尙知見人は知申給人又は知の知と同じ事前述の樣である。

(7) **大日本古文書**、正倉院文書六ノ五三六、同書六ノ五一〇等。
(8) 上海、商務印書館版、**辭源**、下册、酉集、一、見部參照。
(9) 中田博士、我國古法に於ける保證及連帶債務、(**國家**、**雜誌**、三十九ノ三)。
(10) 卷百九十二、殘闕。
(11) **大日本古文書**六ノ五八四。
(12) 同書六ノ五一五。
(13) 同書、六ノ五一四。
(14) 同書、十九(追加十三)三〇七。
(15) 中田博士、前揭書參照。

第三編　中世

緒言

我國中古の社會は其の構成された內部に於て、夫自體可成り異なる法形態を有する三大分野に分れてゐた。

(イ) 公家社會　此れ新興武家の勃興によつて崩壞無力の一途を辿つてゐた公家階級の構成してゐた社會。

(ロ) 武家社會　公家社會の內部に於ける矛盾に於て極めて必然的に發生し漸次公家階級との政權爭奪に勝利を占め、撥剌たる實踐的力を有してゐた新興階級。

(ハ) 僧家社會　武士階級の勃興に伴つて、此れに依據する事により佛教の極盛期を現はし、其の理論闘爭に於て、布教の擴張に於て、刮目す可き狀態を示し民衆と完全に結合する事に成功してゐた。

以上の如き中世社會の三大分野に行はれた生活の準則たる法は公家法、武家法、寺院法と一般に稱せられてゐる所である。

公家法とは中世初期と末期を比較すれば、其の實際に行はれし效果が甚しく異り、武家法制の展開と共に施行範圍は地的にも、人的にも將又物的にも、崩壞の過程を辿りつゝあり、領國法制確立後は、全く其の實效を有せざるに到つた法であるが、併し中世中期以前に於ては尙中古以來の惰力として、武家の高權的權力の及ばざりし國衙、本所領家寺社領に行はれてゐた律令格式法の系統に屬する、慣習法的色彩の濃厚なる法であつた。[1]

此れに反し、武家法は實質的に中世法の根幹である。[2] 此の事は、武家が、中世に於て支配的階級であつた事を意味するもので、其の根本成文法典は御成敗式目であるが、此の法典は衆知の樣に、貞永元年八月十日發布されしもの、執權武藏守北條泰時が六波羅探題駿河守北條重時に宛てたる書狀に、其の編纂に到りし動機の一端を示されてゐる。本法は

『國司領家成敗、不及關東御口入事。(式目第十六條)右國衙、庄園、神社、佛寺、爲本所之進止、於沙汰來者、今更不及御口入、若雖有申旨聊不能叙用焉。』

の如く、[3]明確に人的物的に對象を法定してゐたが、公家法が失墜するに比例して武家法域は擴張され、中世末期に於ては殆ど全國一統を通じて支配的に行はれ、領國法制確立後は稍〻歪曲されてはゐるが、而も其の原則的法意識を存しつゝ、近世に到る迄行はれた所のもので、封建法の根幹を形成するものである。[4]

尙中世中期以後佛教の隆盛に赴くと同時に、當時の社會の動搖に乘じて廣大な寺領を擁する佛寺は、學侶の統制を目的とし、又唯一の財政淵源を成してゐた寺領內の租稅徵收の確保を期する爲めに、獨特なる衆議的法制に依る、所謂我國寺院法を形成する期會を把へた。併し此等集團の發布した法は、多く寺院內の行政的諸規、租稅徵收細則の如きが重なるものであり、或る寺院は宋に於けるが如き長生庫的設備を設け我國質屋の發展史上に一の重要な地位を有するものであると考へられるが、直接本論には論考する事を避け結論に於て觸れたい。[5]

且又發生期より衰頹期に亙る時期は極めて短く、中世末の佛教徒の暴動、宗教的一揆を其の前徵とし、織豐二氏の對佛教政策により、遂に完全に其の勢力沒落への過程を急いでゐる。蓋し中世寺院法は其の法域も極限され、俗人的な私法關係を規律した法も少なく、時間的にも亦短い。

此等の中世法中、最も支配的役割を果してゐたのは既に明白なる様に、武家法であり、從つて武家法を中世法の中軸と看做し得るから、自分は以下所論の中心を、武家法に置く事とする。

併し武家法に於ても、鎌倉幕府發布の前期武家法と、室町幕府發布の後期武家法並に戰國時代の領國法夫等相互間には、法發布の原因、對象、性質等に各〻異なる特徴の存在する事は看過出來ぬ所である。殊に後の二者は、前者と大なる性質上の差異ある事、卽ち兩法が南北朝時代を鏈環としてかく廻轉した理由は一般に「下剋上」に依りて知悉せらるゝ下級者の擡頭をも意味し、特に注意を要しやうが、此の點は結論に觸れるつもりであるから、此處にはわざと述べない。併しこゝには單に、此期の擔保形態に一段の進歩があつた事を注意して置かう。

けれ共、中世擔保が中古に於ける樣に質。なる名稱を以つて包攝され、理解されてゐた事は、質概念の法理的理解の未だ進歩せざりし事を示すものであつて、後述の樣に擔保が質と抵當に分れたのは、近世の過程に存在した事であつた。併し吾人は實際、中世文獻の究明に際して、當時の人が意識せざりし質と抵當の觀念が、既に其の分裂の萌芽を宿藏してゐた事を明確に見得るのである。卽ち中世後半の如く生產物が流通過程に入り來る行程において複雜化が加はり、生產者と消費者との間の隔離を導接する商人の發生するに從つて、商人資本の發生が必然的に現はれた。如上の如き原因に基いて私法商法並に此れに關する訴訟法が、此の度合に於て複雜なる形を採つて行はれ來り、庶民の內部的生活は一段に複雜化した。此の過程に擔保行爲も亦より精細な概念として理解されんとしたのである。[69] 併し前期封建制度に反抗する運動の指導者が、一度自己の地位が確立され又壓迫される と同時に、封建社會擁護に轉身した爲め、庶民の私法的意識も進歩を見ず動產、不動產、其他特種の質行爲、が行はれてはゐるが、擔保概念は依然として他の私法的概念と共に進歩しなかつた。けれ共他方、中古以來不動產擔保設定行爲に行はれてゐた文書作成行爲は、依然として中世に於ても益〻慣行されてゐる事は、經濟的地盤が中古と中世とは相同じき土地的要素の上に打ち建てられてゐた事を物語り、これは現存する此種文書の數が夥しく多數である事に依つても想像し得やう。

尙一應此處に、期間及び利息制度の變遷を見て置く必要がある。擔保設定に當りて期間の長短、利率は、夫自體の內に擔保客體の讓渡の表示を暗默に內藏してゐる場合が多いから、殊に此等の制度は注目して考察す可きである。中世後期次第に動產擔保の慣行が頻繁となり、領國法制時代に入れば、動產擔保の發達は殊に著しい。期間及び利息が動產擔保に如何に作用したかは、庶民の經濟生活と密接な關連を保持しつゝ考慮されねばならない。貨幣が流通の一般的等價物として、經濟機構の內部に於て、一の重要な役割を明白に果し初めたのは中世の遙かなる後期の過程の事であるが、一般動產、不動產は貨幣に換算し代位し得られる事が容易となつて、動產擔保の慣習を刺戟して、此の行爲を激增せしめ、不動產は換算されて證券の形を取り、又文書質の決定的な行爲を現はし、此の繰(くり)の內に期間及び利息は貧富兩階級對立の原因を構成して、德政令[10]其他の法令發布[11]の間接の素因をなしてゐたと見得られる。故に此等期間及び利息法規の跡付けを除外しては、中世期に於ける擔保行爲夫自體の全部的解明はなし得難いと思はれる。だから自分は期間及び利息の法規發達に就き、一章を設けて說き及ぼしたのである。

(1) 三浦博士著、**法制史の研究**、一九六以下。尙同博士、**新制の研究(法、論**、十四ノ六、十五ノ一、二、四、五)。牧教授著、**日本法制史(國史講座**本)二〇五。

(2) 牧教授、前揭本、二一〇、二一二、二一四。並に植木博士著、**御成敗式目の研究**九七以下。瀧川政次郎博士著、**日本法制史**、二三六以下。三浦博士、前揭本七八以下。

(3) **日、古、法**、本四〇二。**吾妻鏡(續、國、大**、本五ノ一一四)嘉禎三年六月廿五日條「廿五日甲辰、神社、佛寺並國司領家訴事、不可依關東式目之旨被定云云。」尙**金剛寺文書**ノ一〇七ノ六〇、北條泰時請文「河內國天野山金剛寺事、次第證文等見給候了、非指武士沙汰候之間、不能關東御成敗候也、恐、謹言。」

(4) 植木博士、前揭本三七八以下。

(5) 牧教授、「**中世寺院法に於ける僧侶集會**」(**法、論**、一七ノ四、六)。尙細川龜市氏「**日本中世寺院法總論**」。瀧川政次郎博士、前揭本二三五。尙中世期に於て異常の發達を見た土倉を主體として質契約の變遷を見る事が出來る。併し自分は質屋制度に關する限りはあまり觸れないつもりである。質屋制度は別に研究し度いと考へてゐる。それは本論文は質契約を主眼としてゐるからである。質屋制度に論文の重點を置くと中世末期の寺院に於ける質屋營業は可成り重視す可きものである。

(6) 貞永式目五十一ケ條中には直接庶民の私法的生活に迄其の效力を及ぼしてゐる條文は甚だ少ない。勿論本法は庶民の法生活に關係せざる高踏的な繼受法なる律令法に比すると、庶民の生活を大變多く考慮に入れてゐる固有法的法制であるが、本法發布の目的が貞永元年八月八日の北條泰時が重時に宛てた消息に見える樣に(別本、九月十一日「關東の御家人守護所地頭には遍く披露して此心を得させられ候べく候なり且書寫して守護所へ面々配りて、其國中の地頭御家人共に仰含められ候べく候云々」とあるが如く、本來關東御家人及びそれに關係ある者を專ら法の對照として發布されたものであるから、直接庶民の私法的生活に迄立ち入つて規律する法規ではない。勿論中世の過程に於て庶民の種々の形に依る擔頭に剩

載されて追加法として、庶民階級を重要な對象として法規を發布してゐる（**新編追加**）。其後の**建武以來追加**全法規二百十條中には其だ多數の私法的生活を規律する民法、商法、訴訟法的條文を發見し得る。此間の發展過程に關する究明は特に注目す可きものであるが、此處にてはわざと遂べない。併し乍ら此の間に社會的制度として質屋制度、卽ち庶民の金融機關の發達がある。斯の如き制度が其の萠芽を史上に現はした事は、法律上且又經濟上重要な意味がある。當時の文獻を徵するに質屋は、庫倉（**新編追加**六十一條）、くら（**大內家壁書**、寬正二年七月八日開書、**日**、**古**、**法釋集**本六二四、**群**、**類**本一五ノ九五。**松平基則所藏文書**。弘治口年十一月廿五日新法度等。）土倉（**建武式目**第六條、**建武以來追加**、一七七、一八一、一八二、一八六、一九二、一九四條。**政所壁書**、**群**、**類**本一五ノ一〇〇、一〇一。**大乘院日記目錄**二、**續々群**、**類**、三ノ二三。**田中光治氏所藏文書**、蜷峨土倉に關する文書。等或ひは又單に倉（**建武以來追加**一八六條）と稱せられ、時には錢屋（齋藤基恆日記、續、**群**、**類**、五ノ三四四）日錢屋（**北野三年一請會引付**、**兵庫北關入船納帳**）と稱せられた例も存するが併し一般には中世初期に於ては無盡錢（**新編追加**、六三、六四條）と稱せられてゐた樣である。けれ共如何なる理由に依つて中世に於てかゝる制度が慣行されるに到つたかは學者間に說が分れてゐる。（**宮崎先生法制史論集**、第二質屋の話。幸田成友博士、**經濟史研究**）吾人は其制度が渡宋僧の搬來にせよ、然らざるにせよ、かゝる制度が我國中世に行はれた事に注意せんとする。尙かゝる質屋營業を中世後半寺院が營んだ例は甚だ多い。（**政所賦銘引付**、文明八年九月十六日本鄕舍申狀に遠州河曲庄頭佗寺の土倉が見え。**東**、**大**、**本**、中葉三〇、**相州文書**、**吸江寺文書**、**田中光治氏所藏文書**等）又二階堂道昭の封事と見られてゐる**建武式目**六條に「一、可被興行無盡錢土倉事。或被宛召莫太之課役、或不被制打入之間、已令斷絕乎、貴賤急用忽令闕如、貧乏活計彌失治術、忽有興行之儀者、可爲諸人安堵之基乎。」**建武式目註**亦「……スルホドニ、倉カタ質物モ退轉スルナリ、シカレバ貧乏人ノ事ハ不及沙汰、尊卑トモ忽用ニ綱如スルナリ、イソギ土倉ヲ興行セラレバ、諸人ノ安堵シテヰルモトヰナルベシ」に依るも此等質屋營業が中世に如何な

(7) る役割を果してゐたか明白とならう。

詳細は後述に讓り度い。動產質の慣行は中世の經過に從つて次第に增加してゐる。早くは**宇治拾遺物語**卷十四珠子價無辜の事（**國系本**一七ノ二九一）に「其さだしげ京上しけるに故宇治殿（賴通）にまいらせ、又わたくしのしりたる人々にも心ざさんとて唐人に物を六七千疋がほど借とて、太刀を十腰ぞ質にをきける云云」とある。其他の一例としては**新編追加**六四、七一、**建武以來追加**、**大內家壁書**（**群**、**類**、一五ノ九五）**政所壁書**（同一〇〇、一〇一）**長曾我部元親百箇條**（同一二五）**親俊日記**（東、文本、二ノ八五）**親元日記別錄**（同本、下）**文保三年記**（**群**、**類**、雜四五四）**室町家御內書案**、上（**改正史集**、廿七ノ六三五、六三六）**東寺執行日記**（寫本、五册、五册目、嘉吉元年九月九日の條、九册目、享德三年九月廿四日の條）**忠富王記**（寫本、五册目、文龜三年六月三日、古事類苑政治部四ノ七七〇には文龜二年とあり）**東寺古文零聚**（寫本、四册目、寬正四年新見庄公方へ上質方ちうもん）**實隆公記**、**大館常興日記**、**徵古文府**、**集古文書**、**祇園執行日記**、**觀心寺文書**等一々擧げる繁に堪へぬ。尙本論文使用の寫本、影寫本は全部京大、本部圖書館藏又は京大、文學部藏本である。

(8) 不動產擔保に關する詳細亦後述參照。併し家屋質入に關して屢々家屋と其れに附隨せる畑地とを一體の不可分なるものとして質入せる例を見る。此れ其等畠地はゲルマン古法に見るが如き垣を以て圍繞せられたる一定區域內に屋敷を有し殘地を畠地とせし慣習卽ち Haus u. Hof の夫と形態上相似のあるものが存在した爲めであらう。**高野山文書**之三ノ五三八、大中臣重房質券屋敷田賣券、同四ノ六六九嚴澄利錢借券は此の一例と見得やう。尙家屋質入の一例として**香取文書纂**七ノ四七、**春日神社文書**一ノ六四五、**集古文書五**六、建久元年七月十四日御藏惟宗沽券、**東寺文書**ノ二ノ七八六夜叉王入道性身請文等。

(9) 船舶抵當の一例として**親元日記別錄**、下五八葉に「小物屋次郎兵衞關東上杉御師供錢事、爲質物神船號美濃船役御所新造船紛分入置云々。」とある。尙其他權利の質入が存在した。詳細後述參照。蓋し中世封建的特權社會に於ては「大略、何の資物にも「座」在候

御事候」(滋賀縣史第五、三〇九、**日吉神社文書**)にて各種重要なる商工業は特權的組織形態を以つて營業の獨占を計つた。此間に發生した權利の質入は座の質券として現存してゐる。例へば**徵古文府**、寫本二、永正六年八月十六日かまの座質入狀、**同乙集**下四五七、大永六年貳月七日麻生質入狀、同上廿一册目、永正十四年九月廿一日紺灰座法度、其他の特權の質入の例として**金峰山文書**、永祿五年八月十五日の山伏質入狀(**古事類苑**、政四ノ七五六)**熊野櫻爪坊文書**、文正元年五月六日山伏質入狀(**京大文所藏文書**)、**香取文書纂**三ノ五〇、永正三年九月十一日職質入狀、**東寺百合文書**、寫本ノ二、應永廿八年十月廿九日職質入狀、**潮崎稜威文書**、文明十一年四月廿日旦那質入狀(**大日本史料**八ノ十一ノ一五五、一〇〇六、一〇〇七)等は其の一例に過ぎぬ。其他家畜の質入、例へば寬正四年新見庄質方ちうもん中に「うし一疋代六百五十文」とあるが如き、又文書質の慣習等も存在してゐた。

(10) 三浦周行博士、**法制史研究**七七六以下。**續法制史**一二〇三以下。牧教授「**國史に見ゆる借金不拂**」中央公論、昭和六ノ二。

(11) **新編追加**七〇條、四四、四三各條。**北條九代記**、下、永仁五年三月六日評定(**續**、**群**、**類**、二九ノ上ノ四三六)。

第一章　物的擔保」

第一節　動産擔保

第一項　動産擔保の性質

前述の様に、中世に入つて動産擔保行爲は前代よりより頻々として行はれ、時代の展開に伴うて其の資料を多數後世に殘した事は注意を要する點である。擔保行爲が主として不動産を客體としてのみ慣行される間は、不動産を所有せざる一般下層階級民、或ひは自己の有する財産の主體が多く動産に關連してゐる都市居住者の切實なる社會問題を誘起せぬが、擔保客體が不動産と並立して動産に迄及ぼさるゝに及んで、茲に重大な社會問題を發生する原因を含み後代頻りに發生した德政一揆の如き運動の樞機をも此の間に含むに到つたのである。動産擔保の慣習の確立した事は貨幣經濟の確立と密接なる關係あり、是を除外して論ずるは

不可能である。又貨幣經濟の發生は必然的に都市の發達を其の背景として論ず可きである。尚前述の様に當時都市に於ける比較的下級民が不動産たる土地家屋を有せず、單に動産をのみ所有するに過ぎなかつたので、此等の者が擔保權を設定する場合は自己の所有する動産を擔保客體としたのである。中世後半に庶民金融機關として質屋制度が庶民の經濟と離る可からざる密接な關係に立ち到り、經濟上此の制度が重要な役割を獲得し近世質屋制度の淵源を此の時代に發してゐる事は、實は如上の者の質草が動産質であつた爲めである。蓋し當時に於ても質屋に於て取扱ふ動産擔保は占有質たるを原則とし[2]、卽ち契約成立と同時に客體の占有讓渡が伴はれて初めて質契約は成立したのである。中世前期の一例として、新編追加六十四條(建長七、十二)に、[3]

『鎌倉中擧錢、近年號無盡錢、不入置質物之外、依不許借用云々。』

とあり、又同法七十一條(弘安二、十一、廿)に、[4]

『一、石原左衞門五郎高家、與鎌倉住人慈心相論腹卷事。右訴陳之趣、枝葉雖多、所詮以件腹卷、令入置無盡錢質物之處、慈心抑留之由、高家雖申之、一倍已後經訴訟之

間、非沙汰之限矣者、依仰下知如件。』

とある。本法の大意は、原告石原左衞門は腹卷を引渡して質契約を締結せしに、被告慈心は其物を返還せざるに依り腹卷返還請求の訴を提起したものであるが、併し中世法に於ては後に觸るゝ如く、元本一倍超過質流の原則が行はれし爲め、利息が元本の一倍を超過せざる場合は元利完濟に依り質物を請戻す事を得るも、既に利息が元本の一倍を超過したる時は質物の返還を請求し得ずとする原則が行はれた。この原則に依りて原告の主張を棄却した例である。建長七年八月十二日發布の前例も質物の引渡を契約締結の要件とせしものである事を想像する事が出來る。中世後期に入ると動産質が占有質なりし例は可成多く存在する所であつて例へば建武以來追加百六十六條(永正十七、十二)の德政制札に、[5]

『シヨセン(所詮)十分一ヲサタセシメ(沙汰)、以女白書(畫カ)トルヘシ』

又同百八十六條(永享五、十三)に、[6]

『一、諸士倉盜人事。取置質物之上者、自今以後爲倉預辨。』

同百九十二條(永享三、十七)に、[7]

『一、洛中洛外土倉質物事。上略若過彼數月、不請出者爲流物、可致計沙汰之旨云々。』

又祇園執行日記(康永二、廿五條)に、[8]

『天晴、倉栖預之皮鞦腹卷二兩上候之間爲請出之、生阿小袖ニ、アヤノ紫小袖面一、故尼物アヤノ面一已上生阿ニ借之茶葛一預物四條富小路土倉ニ、妙阿幷アネ女ニテ六貫文ニ置之云々。先ス、シノ小袖一貫五百ニ同所ニ置之云々。』

とあり、親元日記別錄(文明十五、十二、十七)の、[9]

『一、南禪寺雲奥庵全殊侍者申狀。對安富新兵衞寄子澤村平左衞門借物(白文明十五限七月事、質道具寺家文書)如約束可請取之由申候處難澁云々。』

等此等に關する例は枚擧に暇のない程であるが、要するに動產質が客體の占有權を相手方に引渡す事に依りて行はれた慣習の存在せし事を覗ひ知らしむる所のものである。然るにかゝる場合客體の所有權は依然として質置人の有する所であつた。例へば新編追加百八十四條(政所壁書に依るに(永享二、九、卅))の[10]

『一、諸土倉沙汰人等事。所々土倉沙汰人等、犯用本主納物、令居住洛中邊土幷田舍云々顚自由之至也、於如此族者追放在所、可被處盜犯罪焉。』

の「犯用本主納物」と云ひ「顚自由之至也」と稱し、轉じて「可被處盜犯罪」と言ふ。卽ち此等の條句は質物は飽く迄質置人の所有物なる事を言ひ表はし、質置人を質物の本主と稱し、質物を無斷使用する事を犯用と稱し、此の者を盜犯罪に處すと定めたのである。此れ質權が純然たる占有質の形態に於て設定されし事を示すものであつて、此の形態は中世後半一般に行はれし所である。領國法中に於ても例へば大內家壁書(寬正二、八)に、[11]

『一、失物質物に置時其盜人くら(倉)へ持來ておく時は、不能左右、若人をやと(雇)ひてをかは其人體を倉へめしくし(召具)て申時、質物をいたす(出)請錢不可入也。』

とし、長曾我部元親百箇條第四十一條に、[12]

『一、質物之事。盜人、或者大事露顯之上にて於失は借物可相捨事。』

とし、伊達塵埃集第百十一條に、[13]

『しちや(質屋)にてしち(質)物うせ(失)候事是は紛なくふさた(無沙汰)のしやう(證據)こ見え候はすハ半分まとひたるへき也。』

とし、信玄家法第廿七條に、[14]

『相當之質物之義者、如定、若過分之質物以少分取之者縱雖過棄約之期、聊爾不可沽却利潤之勘定至于無損亡者、五三月相待頻加催促、其上尙令無沙汰者、以證人可賣之也。』

等此等の諸例は總て質置人は客體の所有權を留保した事と解釋する事に依りて初めて右諸條文の法意を明確に把捉し得るのである。要之、我國中世の動產質は占有質の形態を採つて行はれてゐたのであつた。[15]

次に德政令が動產質に及ぼせし影響を一瞥し度い。抑々初期の德政令は其の發布の本來の目的が御家人領の所有權無償回復にあつたので、假令動產擔保迄德政令の效力を及ぼした事があつたとしても、質屋と締結した契約には其の效力を及ぼす事がなかつた。新編追加第六十一條(永仁三)に、[16]

『一、利錢出擧事。右甲乙之輩、要用之時、不顧煩費、依令負累、富有之仁專其利潤、窮困之族彌及佗際歟、自今以後、不及成敗、縱雖帶下知狀不辨償之由、雖有訴申事、非沙汰之限矣、次入質物於庫倉事、不及禁制。』

とあるは此れの一例である。本法は永仁五年七月廿二日の日附を有する自關東被送六波羅御事書法の第三條[17]と殆ど全文一致する條文で、永仁德政令の一條を爲すものである。第一條に於て「可停止越訴事」第二條に「質券賣買地事」を定め、不動產に於て知行廿箇年以前の御家人領は債務者に所有權を無償にて返還せしめ、其の越訴を禁止し、消費貸借に於ては、幕府の下知狀を有する旨を以て債務不履行の訴訟を提起すると雖も、訴權を拒否する事を明言し、實質的に消費貸借契約の無償破棄を宣言せるものである。而も本法發布の本來の目的は、富豪の暴利獲得を阻止し、貧困なる御家人にして、債務者となりし者を救濟するにあつたに拘らず、質屋との取引關係のみを本法適用外に置いた事は注目に價する。斯く金融業者たる質屋が法の特別なる保護を享受し得た理由は、質屋が幕府の財源の一たりし爲めであつた。此れより中世後半質屋は權勢家に被護せられる事に依り、又幕府の一財源となる事に依り、次第に發達の段階に入つたのである。併し中世後半の德政令は、中世前半の夫と異なりて總ての動產質契約に迄其の適用を擴張し、質屋が殊に其の打擊を蒙りたるは著明の事實である。此れ中世前半の德政令が其の性質及び目的上、中世後半の夫に異る所で前半の夫は封建武士階級が封建制の地的要素た

る御家人領より離散するを阻止せんが爲め發布されしに反し、[18]後半の夫は直接一般民衆階級の刺衝に依る德政運動に刺戟されて發布されしものであるから、一般民衆にも關係深き質屋を德政令より除外する時は所期の目的を達成する能はざりしに依るものである。併し後半期に於ても幕府は明かに質屋を德政令の適用より除外し自己の財源を維持することに依りて一般民衆を犧牲に供せんとしたが、併し結局民衆の要望は達成され、質屋は民衆の利益と相對立するものと見られ最も損害を蒙つた例を多く殘してゐる。德政令の初發は正長元年十一月に發せられてゐるが、ついで建武以來追加二百二條(嘉吉元、九、十二)に、[19]

『一、定德政事。右可爲一國平均沙汰之旨、被觸仰畢、可令存知之由、被仰下也、仍下知如件。』

とあり、次いで又同閏九月十日下知狀の細則を公布し其の一條に、[20]

『一、土倉以下流質事。過約月者、任法可爲錢主計。』

とした。卽ち期間滿了以前の質物の無償返還を質屋に命じたもので、此條文の法意は爾後數度の德政令に繼受されし所である。[21]　拾芥記(永正十、七、二)の條に、[22]

『廿四日天晴、被打德政之札、日次者十二日分也、丹波守平朝臣松田上野介藤原朝臣齋藤在判、質物等置月之外、可爲十二ヶ月(ママ)云々。悉皆勘十三月之分、可取質物云々。』

とあるは其の一例と見得るが、此の「日次者十二日分也」とは建武以來追加(自百六十四條至百六十六條)の永正十七年二月十二日の德政令を云ふ事明かである。卽ち、

『上略。右條任先例、サタメヲカル(定)(置)、トコロナリ、シヨセン(所詮)十分一ヲサタセシメ(沙汰)以女白書(書カ)トルヘシ若コノヤク(約)月ヲハセスギ(馳過)バナガレ(流)質タルヘキ上者、德政ノサタニ(沙汰)ヲヨブヘカラズ下略。』

は此れであり、[23]質金額の十分の一を返還して請戻し得可しとしてゐる。嘉吉元年辛酉八月日の奥島北津田庄の德政札は現今京都大學文學部に所藏さるゝが、其の板面に、

『　定

奥島北津田庄

德征(政カ)條々之事

一、質物ハ可請十分一

一、出舉借錢ハ只可取
一、年記只可取
一、講奠子破云々。
　長地十五年內半分當毛作手分可付
一、三社之內ハ不可取
右條々定上者於後日不可有違亂煩者也仍定之處之狀如件
　嘉吉元年辛酉八月　日　　北津田（花押）
　　沙汰人　　奥島（花押）』

とあるも亦此の一例と觀得られやう。此等の例は數多く擧げ得るが、要するにかかる德政令發布の結果當然其處に現出したるは信用の破壞に依る取引關係の根絶、庶民金融機關の廢絕である。大乘院寺社雜事記拔萃（京大寫本）應仁元年四月六日の條に、[24]

『近日德政事及其沙汰之間傳借事一向不叶旨申之。』

康富記十七、享德三年九月の條に、[25]

『九日、中略、近日號德政近鄉土一揆蜂（ママ）起橫行洛中之間、處々土藏閉戶不及相轉之故、裝束之出現不叶者也、不可說之時代淺猿了。』

は其の當時の實情を示すものであり、二階堂道昭が尊氏に建白したと稱せられる[26]

『一、可被興行無盡錢土倉事。或被宛召莫太之課役、或不被制打入之間、已令斷絕乎、貴賤急用忽令闕如、貧乏活計彌失治術、忽有興行之儀者、可爲諸人安堵之基乎。』

は事實上質屋の廢滅が民間資源の枯渴を意味し、庶民が金融上甚大の打擊を受けたる事を示すものであらう。

尙我國中世に於ける動產質は原則として流質であつた。我國中世の前期に於ては元本に一倍超過する場合は質權者は質物を取得し得たとする中古後半に發生した慣習が行はれ、或ひは又期間滿了後（約月馳過）は質權者は當然に質物を取得し得るを慣習としてゐたのである。弘安二年十一月の前示例なる石原左衞門五郎高家の腹卷返還訴訟の判決が「一倍已後經訴訟之間非沙汰之限矣」と判示したのは此慣習が採用されてゐる事を示してゐる。

中世後期に於ては此等の原則は定型的な慣習として展開してゐるのであつて、例へば永享三年十月十七日[27]の「洛中洛外土倉質物事」に、

『上略。若過彼數月不請出者、爲流物可致計沙汰之旨云々』

又翌嘉吉六年閏九月十日の「德政條々」に[28]、

『土倉已下流質事、過約月者任法可爲錢主計也。』

享德三年十二月十八日の德政札に[29]、

『一、土倉已下流質事、過約月者任法可爲錢主計。』

永正元年十月二日に亦[30]、

『一、土倉以下流質事、過制之約月者可爲錢主計。』

同十七年二月十二日[31]、

『上略、若コノヤク月ヲハセスギバ(馳過)ナガレ(流)質タルベキ上者德政ノサタ(沙汰)ニヲヨブベカラズ云々。』

等の諸例は動產質は德政に於てすら原則的に流質にして、契約期間空過後は質物たる客體の所有權は終局的に質權者の所有に歸屬し、德政令に依ると雖もこれに遡及し得ざる事を明示するものである。賣却質に就いては律令に定められたる賣却質の制度は既に遠き中古に於て履行されざりし所であつた事は既に明かな所であるが、中世の過程に於ては、依然として原則として流質の通慣を觀、賣却質の慣行を文獻に示してゐない。たゞ後半に於て例へば法隆寺文書、正中二年二月の法服米種子間事の置文の一條に[32]、

『一、於質物者過每年十二月上旬者、甲乙人之質物爲流物速可有賣買、若至十二月中旬以下爲質物賣之由、有訴申子細者可有滿寺沙汰、雖然惣分既被定記式之上者、全不可及沙汰人之苦勞事。』

とあり、又文明十一年十一月廿八日の日附を有する山城長福寺佛殿奉加錢法式條々事なる定書の一條に[33]、

『一、利平二文子、每月晦日無懈怠可被上之、若有無沙汰者、爲流質則可沽却。』

の如きは約定期間空過後或ひは利息不支拂の場合は寺院に於て質物を賣却す可き事を定めたるものであるが、此等の質物賣却行爲が所謂賣却質に相當する內容を有したるか否かは此等の事書のみにては尙分明でない。殊に「爲流質則可沽却」

の文意其儘を解釋すれば流質たる客體を質權者一方の計算に於て賣却したものとも解し得られ、恐らく此等の行爲は斯の如き質物賣却行爲であつたらうと考へる事が最も妥當と思はれる。中世後期の發展過程に於ては次第に質置人の權利主張に依り所謂賣却質と目し得る行爲が領國法時代に見得るに到つた。信玄家法二十七條に、[34]

『相當之質物之義者如定、若過分之質物以少分取之者、縱雖過棄約之期、聊爾不可沽却、利潤之勘定至于無損亡者、五三月相待頻加催促、其上尙令無沙汰者、以證人可賣之也。』

とある。質物の價格が質金額より不相應に高價なる場合に於ける質置人の債務不履行の際の目的物賣却に關する規定であつて、客體の賣却金が「利潤之勘定至于無損亡者」「以證人可賣之也」としたのである。結城政勝の新法度と目せられる弘治年間の事書文書にも同趣旨の一條がある。要之中世に於ける動產質執行形態展開の過程は流質が中古以來繼續して行はれ、後期遲れて一地方に於て賣却質の慣行が再生したのであつて、其萌芽的形態は當時の寺院に於ける土倉營業上の規程に最も典型的に見得る所である。

以上自分は動產質形態に就て大體其の發展の跡付けを終へたが、抵當形態に就いては述べなかつた。これは動產擔保が主として占有質形態に於て行はれてゐた爲めである。併し抵當と見らるゝ行爲に現質と稱した行爲が存在してゐた事を看過する事が出來ぬ。現質に就いては既に先學の說かれた所であるが(例へば中田薰博士論文參照)前述法隆寺文書、正中二年二月の置文の事書の一に、

『一、雖爲少分設雖暫時付惣別、無質物全不可有下行、又無足之文書尤可有禁制也、又已勤供新者爲現質之專一之由被申、而質物仁雖書入、供新下行之藏々或其沙汰人、付公私被曳被立間、所殘不幾、或供新先立有借用等之子細、件藏本仁不成事、當年之作毛雖時多之歟、所詮同無足之文言不可取質物者也、又當年之作毛雖似現質、爲損否不定之上、不成米而苅取事在之、同不可取質物、又田畠之券文可有禁制、又舍宅不可取質物、背今此一ヶ條之式、若有下知之事者不別某口入誰下行、其藏之沙汰人相共可被懸嘖仍不經年數而急速可有沙汰事。』

及び同文書一の應永廿二年乙未十二月十日の起請文に、

『右就法服米倉種子未近年出擧下行時、無現質物而自由依有下行、忽種子物等令失墜條、大會退轉基也、所詮於向後無現質物而有出擧下行者、時沙汰人仁有懸沙汰、如掟可被處罪科者也、雖有現質下行米不相當者同可被懸沙汰人、又十二月十日以前先沙汰人方被渡倉時、無現米歟現質歟者、當沙汰人實ニ不可有請取事由、當沙汰人必嚴重起請文可被捧者也、堅守此趣不可有改動者也、若上件條〻雖爲一事於相背輩者(以下神文略)。』

山城長福寺文書文明十一年十一月廿八日の前揭の事書の一條の、

『一、現質物者衣服之外不可許容也。』

等今迄發見された此の僅少な例に依て現實の性質を開明せんとは到底企てないが、自分は一の臆測を提示し度い。卽ち此等の例より現實は見質と同一行爲で、動產抵當を意味するものであると解するのである。現も見もケン或ひはゲンと訓じ、現も見も同義に用ひられたものであらうと考へ、前例を勤供粁は現質卽ち抵當として書入おくといふが、其の勤供粁米は納め置かるゝ藏より沙汰人は公私に事を寄せて納米を徵收する故殘存米は幾何もない。又旣に勤供粁米を抵當に置いたりしてゐる者があるから、之れを再び抵當として取つてはならぬ。又當年の作毛は抵當に此れ亦取る可からず秋收に到らねば豐凶は不明であるから、と解し、中例は應永廿二年乙未二月廿一日の日附を有する「記錄、順禪房罪科問事」の追加として記載された起請文であるが、其の大意は法服米倉種子を出擧する場合、現に質物を出さざるに貸出するから種子米が忽ち失墜し大會を擧行する事が不可能となる。故に此後は現に質物を出さざる者に貸出せば其の時の沙汰人に辨濟せしめ尙掟に從ひて罪科に處す。又現質があつても貸出米に不相當に過少なる擔保物であれば此れ亦沙汰人に辨濟せしむ。又十二月十日以前に先任の沙汰人が米倉を後任の沙汰人に引繼ぐ場合、現米又は現質が無き時は請取らず嚴重に起請文を捧ぐ可きである、と解される。右の文中、「現質散物」と「現質」とは同一の意味を表はしてゐると解釋する。最後の例は抵當物件に制限を付し最も質權者の受くる損害の少なしと見られる衣服に限りて契約す可しと解するのである。此等は又「爲現質之專一之由被申、而質物仁雖書入」の文書よりも直接、抵當形態を推察し得ると思ふ。尙見質は「ミジチ」と訓ずるものに非ずして「ケンジチ」或ひは「ゲンジチ」と訓じたるも

のであらうとも考へられるが後考を俟ち度い。

(1) 書入の概念が發生したのは中世中期以後の事であらうか(正中二、二、**法隆寺文書**、影寫本一)中世末期に於ては既に明かに此觀念を見る事が出來る。(**塵芥集**九五、一〇七、一一七、一一八各條。**信玄家法**二〇條等)又かた、方の名稱も中世後半の文書に見出し得る。(**東寺文書**の一ノ七三一、元德二、一一、一七のとう大夫質入證文。**法隆寺文書**ノ拾、嘉元四、二、額田友時水田流券。**春日神社文書**の一ノ四三六、三七六號文書等)併し此等が抵當形態であつたと其儘受入れる事が出來ぬ。代の名稱に就いては(**春日神社文書**の一、六四五ノ五二九號文書。**編年文書**、寫本、正治三、正、六、ヲ坂部助宗質流券等)あてしように就ては(**京大文所藏文書**、一、古文集、一五三號、延文二、二、三、中五郎借券)。此等一連の名稱は抵當形態の發生に一々の役割を分ち持つものと見る事が出來やう。此れに反し、我國中世の過程に質といふ名稱を有する行爲は可成多い。入質、見質、差質、理質、人質、國質、(又國並とも云ふ。**今川かな目錄**、**續**、**群**、**類**廿一ノ二〇七。**和簡禮經**第八、**改正**、**史**、**集**、廿七ノ五六七。**武州文書**影寫本、府內上、一、足立郡十二、入間郡十三。**法隆寺文書**、影寫本三、永祿二、七衆分集會評定條々等。)鄕質(**武州文書**、北條氏條目、同府內、上、**梅園院所藏文書**、足立郡十二、入間郡十三等。)所質、庄質(**和簡禮經**第八。**興正寺文書**、天正十、十、條々。**集古文書**卅六、天正十二、二、六波羅密寺千部講中。**政所賦銘引付**、文明五、十二、朔、室智靜泉申狀。**菅浦文書**、影寫本一、曆應二、三、廿三)失質(**集古文書**、卅七、控)とりかへ質(**集古文書**卅七掟)寄質(**伊豫古文書集**、保國寺文書、永祿二、十二、廿六)博質(**法隆寺文書**、二、大永七、一、契定)方質(同書)替質(**番取文書纂**六ノ二八、一〇ノ四五、一一ノ一一八等)の如き各種雜多の質の稱を有する行爲が行はれてゐる。又**紀伊續風土記附錄**五、名草郡重根莊の明德四、九、十一願成寺水田賣券の樣に、所有權の賣却行爲を質と稱してゐるものもある。

(2) 此の例は後述する所であるが、**大乘院寺社雜事記拔萃**(京大寫本)五、寬正七、九、十三の條に「京都德政事云々、三條以下事ハ以本錢五分一請質カ物之旨云々。」**實隆公記**大永六、五、廿の條に「質物黑小袖百五十匹置之。」**大館常興日記**、天文九、七、十三條「御しち物を可被出候。」**蔭涼軒日錄**、文明十七、十二、十七條。**祇園執行日記**等は中世後半に於ける動產質が占有質なりし一例である。

(3) **日**、**古**、**法本**五〇二。**史**、**集**、雜、一七ノ五〇。**續**、**群**、**類**、廿三ノ下等參照。

(4) **日**、**古**、**法本**五〇五。**史**、**集**、七ノ五〇二。

(5) **日**、**古**、**法**七三二。

(6) 同書七三九。

(7) 同七四二。

(8) **八坂神社記錄**上ノ一三。

(9) 東大、文科大學叢書本、**政所賦銘引付**下ノ五二。

(10) **日**、**古**、**法**七三八。

(11) **群**、**類**、一五ノ九六。

(12) 同一五ノ一二五。

(13) **改正**、**史**、**集**、廿七ノ四四七。

(14) **群**、**類**一五ノ一一二。

(15) 此の特殊研究に就いては三浦博士、**法制史の研究**、七六七以下。同**續法制史の研究**、一二〇三以下。牧教授、**中央公論**、昭和六ノ二。中田博士、法協廿二ノ二。奥野高廣氏、室町時代に於ける土倉の研究(**史、雜**、四四ノ八)。

(16) **日、古、法**五〇一。

(17) **東寺百合文書**、康永四、九、山城國下久世莊名主百姓等の陳狀の具書(三浦博士、前掲七七〇)併し年號は永仁五、七、二となりをるも全文殆ど同樣にして僅かに「不及禁制」が「不能禁制」となれるに過ぎぬ。

(18) 延應二、四の追加六十三條の「一、以御恩所領入質物質券事」文永五、七の「一、質質質券所領事。」文永十、七、十二「一、質券所領事」等は原則的に所領所有權の無償奪換を目的とし、封建制度の一要素である土地が武士階級殊に御家人より離るを防止せんとしたる條文であるが、永仁(又三)の德政令(**北條九代記**下永仁五、三、六、同六、二、八の評、**續類**、廿九ノ上ノ四三六)。弘安七、五、二十、**新編追加**四四條、同五、廿七の三四三條に到つては沽却地、和與地迄德政の效力を擴張してゐるし、又一般の武士階級(御家人は勿論の事)迄人的に效力を及ぼしてゐる。

(19) **日、古、法**、七四六。

(20) **東寺執行日記**、寫本、五ノ十五。**建内記**、寫本。**建武以來式目**自一六八條至一七七條(**日、古、法**、七三四—七三五)

(21) 例へば享德三、十二、十八、德政令。永正元、十二、二、德政令等。

(22) **改正史、集**、二四ノ七六八。

(23) **日、古、法**七三二ノ七三三。又**大乘院寺社雜事記**拔萃、寫本五、寬正七、九、十二の條に於ては京都の德政は本錢五分の一を以て請出す事と定む。又**東寺執行日記**、寫本、享德三、十一、二の條に同年十、廿三の御教書がある。尙**小早川文書**ノ一ノ二六四一文書。**長興宿禰記**中、文明十二、九、十六の條參照。

(24) 拔萃六。

(25) 寫本。

(26) **建武式目**第六條(**日、古、法**、六四六)。**建武式目註**(**續々、群、類**、七ノ二五八)

(27) **建武以來追加**百九十二條(**日、古、法**、七四二)

(28) **東寺執行日記**、寫本五ノ一五。**日、古、法**、七三四以下、**建武以來追加**百七十七條。

(29) **改正史、集**、廿七ノ六三六。**集古文書**、寫本、三十七、控、**室町家御內書案**には十二月十九日とある。

(30) **集古文書**、卅七、寫本。

(31) **建武以來追加**百六十六條(**日、古、法**、七三二)、**集古文書**、寫本、卅七、控。**群、類**一五ノ六〇、**室町家御內書案**、上、**改正史、集**、廿七ノ六三五。

(32) **法隆寺文書**、影寫本一。

(33) 「近世佛敎衰微の由來」辻博士(**史、研**、二ノ二ノ一八七。)

(34) **群、類**、一五ノ一一二、**日、古、法**、六六〇。

第一項　動產質設定の行爲

第一目　形式的

我國中世に於て質置人質權者相互間に双方的に或ひは一方的に一定の證書(質

證書、質入證書)を授受する慣習が存在してゐたであらうか。現存する斷片的史料に依りて甚だ不充分ではあるが、當期のかゝる慣習に就いて考察して見やう。建長七年八月十二日の御教書の、[11]

『上略、被盜主見付質物之時、錢主等稱世間之通例不知其仁並在所之由申之云々、所存之旨甚以不當、於自今以後者入置質物之日、可令尋知負人交名住所、若沙汰出來之時、至不引手次者、可被處盜人也、以此旨面々可相觸奉行保內之狀、依仰執達如件。』

に依れば少なくとも建長時代頃に於ては動產質設定に當り質置人の姓名住所を質權者が調査せざりし事が「世間之通例」なりし事明かである。或ひは亦一歩進めて當時に於ては質入證書の作成は勿論のこと質札の作成さへ行はれざりしに非らざるやと考へられる。此の御教書は主として鎌倉のみに於ける此の種の慣習を表示してゐるものであるから、其他の都市に於て如何なる慣行が行はれたかもとより不明であるが、併し鎌倉に於ては建長七年八月以降質權者は質置人の住所姓名を調査するの必要を生じた事を物語つてゐる。それより以後質屋は弘安、永仁と時代を經るにつれて幕府の一財源として特別なる幕府の保護を享け次第に隆盛に赴き庶民の金融機關として重要な役割を果す樣になつた。けれ共動產質設定に關する形式的要件としての證書作成行爲は如何になされてゐたか、これに就ては甚だ明白ならざるものがある。蘭つて中世の中期に入ると既に此の質札作成の慣行の存在した事を覗ふに足る資料がある。[12] 例へば興國四年(北朝康永二年)七月廿五日の祇園執行日記の一節に、[13]

『廿五日天晴、上略、生阿之小袖二、又アヤノ紫小袖面一故尼物アヤノ面一(已上生阿ニ借之)茶葛一預物四條坊門富小路土倉ニ、妙阿並アネ女ニテ六貫文質ニ置之。』

同十二月廿六日の條に、

『廿六日天晴、冬瓜、清水坂大通堂倉ニ、爲遠江阿闍梨入質ニ置之。』

又正平七年(北朝文和元年)二月十一日の條に、[14]

『以顯詮口入、唐子四鋪一對繪(歸雲坊預之)北坂ニ壹貫質ニ今日置之。』

此等は何れも質置人或ひは口入人の姓名が明記されてゐるが、果して直接質屋に以上の質置主或ひは口入人の姓名を告げて以つて質契約を締結したものかどうかは尙此の諸例より直ちに明白にする事が出來ない。併し第一例第三例の文

意より推察して或ひは質置主の名前を告げて質契約を締結したものもあつたであらうと考へる事も敢へてあまり不合理ではあるまい。中世後半の中頃に入ると既に明白なる質證書作成の慣習が行はれてゐたのを見ることが出來る。永正十七年の德政條々に、[5]

『一、質物札なしの事、札ありに同前、但有相論之義者、可被打置之、又者於相論者、被召土倉帳可有對決之。』

一、去年正月廿七（ママ）質物札事、爲小月之間不可流云々。』

の二條があるが前條は德政令に際して質物の請戻をなさんとする場合は質札無き時と雖も質札ある場合に準じて取扱はしめしもの、其但書に於て質札無き場合に當事者双方に於て、爭論發生の時は其の儘放任するか、或ひは土倉帳の記載如何に依りて爭論を決定すと定めし條文であり、後條は去年正月廿七日に質入せし質物は小月であるから流質にす可からずと定めしものである。

此等の例に依り既に永正年代頃には質札卽ち質證書作成の慣習が存在せし事を知るのであるが而も質札面の記載事項に就ては何等これより詳細にするを得ない。然るに大永六年十二月朔日の日附を有する三寶院文書に、[6]

『一、今度下京茶院屋ノ質ノ札ノ裏ニ、心口注シノ爲ニ、物ヲ書タルアリ、以分一錢欲請之處不出、其故ハ流レタル質ニハ非ズト云ヘドモ、札ニ物ヲ書テ、旣ニ反古ト成ル上ハ、不可用之、執行代ヨリ再三雖加問答、終ニ不承引云々。』

の一節に據るに質置人が自己の忘備として或る事柄を質札の裏面に記載し、此れを以て質物を請戻さんとせしも質權者は質札に契約と關係なき他の事項が記載されたる以上、反古卽ち質札は無效であり、其の效力は消滅せりとて、質物返還の請求に應ぜざりし事を物語つてゐるのである。斯の如きは質權者の惡辣なる意思に依りて質物を奪取せんと志した行爲を示すものであらうが、他方に又質證書面の嚴正を期する爲めに質契約と關係なき事項を質札面に勝手に記載し或ひは質札の事項を抹殺した場合は、其の質札は無效となつた事實の存在してゐた事を覗はしめるものである。天文貳年三月十三日の金澤宗朝外五人連署土倉條目の一條に、[7]

『一、手札うさは質不可爲請、但所におゐて口合之儀有之者、可爲請申事。』

と定められる事實に依るも既に質證書を質屋が作成交付してゐた事が愈々明白となり、此事は亦永正十七年德政令の條々に見ゆる、質證書を持參して質物を請戻す可しとする原則[8]と共に殆ど此の天文年間に於ては我國の通慣となつてゐた事を示すものである。當時はおそらく質屋の制度も或地方に於ては可成り進歩し一定の規則さへ定めてゐたるなる可き事は天文五年の伊達塵埃集第百十條に「くらかたのおきて」といふ條文のあるを其の一例として擧げ得る。事實此の「藏方之掟」は天文三年三月十三日家老金澤宗朝以下六人の連署を以つて發せられた十三條より成るものである。かくて質屋は藏方の掟の規定さるゝに及び統制された庶民の唯一の金融機關としての役割を與へられて益々發達し[9]、近世德川時代に入りては進歩したる質屋取締の觸書として、或ひは又質屋仲間掟として規定され、以つて現行質屋取締法に比して遜色なき取締規程をも規定してゐた。

第二目　實質的要件

我國中世時代に質物が質置人の物たるを必要としたか。建長七年八月十二日

の御敎書に於ては盜物質入の禁止が見得られる。[10]

『一、鎌倉中擧錢、近年號無盡錢、不入置質物之外、依不許借用、甲乙人等以衣裳物具置其質、盜人亦令賣買贓物者、所犯忽可令露顯之間、窃以贓物入質物、令借用之處、被盜主見付質物之時、錢主等稱世間之通例、不知其仁並在所之由、申之云々。』

右は盜人が盜物を賣却すれば直ちに發覺するを恐れ、窃かに盜物を質に置きたるを示すものであつて、幕府は斯の如き盜物を質に取るを禁止せるは前に掲出したる本法の文書に依りて明かに知るを得るのである。然し乍ら中世後半の政治的にも經濟的にも將又社會的にも全く不安動搖したる時代に於て土倉が果して盜物質入に就き如何なる程度の調査義務を負擔したか明白でないが、領國法制中の一である大內家壁書、寛正二年七月八日の條に、[11]

『一、盜物の取物之事、留まる所よりいたすべし。

一、罪科之事は、本々へたゞして、うり主をひきつけざる仁も、ぬす人の準據に罪科有べし。

一、失物質物に置時、其盜人くらへ持來ておく事は、不能左右、若人をやとひておか

ば、其人體を倉へめしぐして、申時質物をいだす、請錢不可入也。』の諸項が見え、天文貳年三月十三日の伊達家文書中の金澤宗朝外五人連署土倉條目中には、[12]

『一、失物者、取代一はいにて可致返辨事。

一、雖偸物取、咎になるましき事。』

の二條が見える。此等は何れも盜物質入に關する法令と見得やうが大內家壁書が或る一定の場合に盜物の返還を質屋に命ぜるに反し、伊達家文書の夫は盜物を質物として取りし質屋に對して本錢一倍の返還を命じたる事は注意を要する所であるが、贓物を取たる質屋自體はこれを罰せざる事とした。尙當時神物質入の行爲が行はれたる事は祇園社記に誌す所であり、[13]神前の錢箱よりの收入を擔保に供した例は關口神社文書に、[14]又祠堂錢に關しては狩野文書[15]等に散見される所であるが、此等の物を客體として擔保契約を締結する事は特別の事情存する場合に於ては行はれた所であらうと考へられる。

(1) **日、古、法、**本(**新編追加**六十四條)五〇二。**史、集、雜、**十七ノ五〇。

(2) 鎌倉時代より質屋營業人が一定數の人員に組合員を制定してゐたと思はれる樣な例がある。例へば**吾妻鏡、**建保三年七月十九日の條に「十九日丙午、町人以下鎌倉中諸商人、可定員數之由被仰下、朝光奉行之。」(**續、國、大、**四ノ七六〇)又寶治二年四月の條にも「廿九日丙午、鎌倉中商人等可定其式數之由、其沙汰、外記太夫倫長奉行之云々。」(同本、五ノ三二八)憶ふに倉役徵收の便の爲め且又質屋營業保護の爲に免許の後此事を行はしめてゐたものであろうか。

齋藤基恒日記、文安三年三月二日の條に「一、洛中洛外號日錢屋隱取質物之間、以寄人手分質物員數注之、彼本錢十分一被付納錢方、基恒貞政淵基以三判納御倉了。」の記事は隱質のありし事を示し(**續々群、類、**五ノ三四四)、倉役徵收の例に就て二三を擧げると、**元德二年三月日吉社並叡山行幸記**(**群、類、**二ノ四八七)**大乘院寺社雜事記**抜萃寫本五、文正元年十二月「廿七日、畠山政長ハ云々公方同御合力爲兵粮料京中酒屋土藏役錢申懸之以使者責立云々」。**師守記、**應安四年二月廿日條「御讓國料足爲武家沙汰、懸洛中所々土藏一所別廿貫文三ヶ月中可沙汰進之旨、各相觸之由今日聞之云々」。**吉田家日次記、**同年十一月十六日條「傳聞御卽位用途去二月武家之沙汰落居、諸國反米事、雖被下院宣年內不可行之間、先借用土藏酒屋土藏一宇別二千匹壹別二千匹云々仍今明已進公家云々」。**應仁記**卷二「呼鳴鹿苑院殿御代ニ倉役四季にかゝり云々」(**群、類**二〇ノ三四六)。**長享年後畿內兵亂記、**永祿五年八月廿六日の條(**續、群、類**二〇ノ三一七)**侗式目追加、**明德四年十一月廿六日の令、**政所壁書、**永享二、九、四の令參照。

(3) **八坂神社記錄**上ノ一三。中世中期以後に於ては明白に京都では質札の作成が行はれてゐた。此れに關する資料も殘存してゐる所である。

(4) 同上ノ二〇六。又、質屋は商號を有してゐたし、帳簿も有し、掟を有し、質屋相互間に一の統制機關さへ存し、可成進歩した形態が見られるが、此處には直接觸れない。

(5) **集古文書**寫本三十七控。

(6) 三浦博士**續法制史の研究**所引、一二四二、「大永六年十二月朔日天下一同德政ノ時、執行代松田丹後守政所ニ沙汰ノ事注之也。」

(7) **伊達家文書**ノ一ノ一五四。尙祇園執行日記八ノ五五二、應安五、十一、廿八の破棄の文書注意。

(8) **改、史、集**、廿七ノ四四七。

(9) 中世後記に於ては上は將軍より下は庶民に到る迄質入の慣習を持つて居た。例へば祇園執行日記、文保三年記、建武式目注、**言繼公記、大館常興日記、建内記**等參照。

(10) **日、古、法**、本五〇二、**新編追加**六十四條、**史、集、雜**十七ノ五〇。

(11) **詳、類**、一五ノ九五。**日、古、釋**、六二四。尙松平基則氏所藏文書弘治□年十一月廿五日の新法度參照。

(12) **伊達家文書**ノ一ノ一五四。

(13) **建内氏所藏祇園社文書**ノ八、駒太夫ニ問申狀案文。

(14) **關口神社文書**、乾、正德二、十、晦。明應四、九、廿五。明應二、十二、廿三。明應四、九、廿六等の文書參照。

(15) **狩野文書**ノ一、享德四、三、二、紹榮借狀。

第三項　期間及び利息

第一目　期間

動産質の期間の定めが中世前半に於ては如何になされてゐたか此れ又明白ではないが、中世後半に入ると都市の發達と共に動産質の行爲が都市を中心として頻頻と行はれ、貨幣經濟の發達するに從つて刺衝されて質屋は文字通り庶民の金融機關として最も利用されたものであるから、質屋に關する取締規定が幕府の法令を以つて發布され質屋規定の細則も相繼いで發布される樣になつてゐる。此れ要するに當時都市の發達と商業の繁盛に赴くにつれて都市の人口は益〻增加したが、都市居住者は概して不動產物件を所有せず生活並に營業上の金融必要上より動產を以て擔保に供してゐた。其の爲めに主として動產質を取扱ふ質屋の特殊なる發達を見たのである。永享三年十月十七日に建武以來追加百九十二條として發布された法令は此れに關する最初のものと言ふ事が出來やう。[1]

『一、洛中洛外土倉質物事、於絹布類者十二ヶ月至武具者廿四ヶ月之由、所被定置也、若過彼數月不請出者、爲流物可致計沙汰之旨、可相觸諸土倉之由所被仰下也、仍執達如件。』

右の趣旨は客體たる可き質物を絹布類と武器に大別し、前者の法定期間を十二ヶ月、後者の夫を廿四ヶ月としてゐる事を示してゐる。實に此の法定限期は中世後

半を通じて期間の標準的規定として變更さるゝ事なく襲用されたものであつた。

次いで同五年十月十三日（建武以來追加第百八十六條）[2]にも此期間を用ふ可き旨を告示し、嘉吉元年閏九月十日の德政令に於ても[3]約月と記せるは恐らく此法定期限內の契約期間を指稱せるものと云ふ事が出來やう。文安二年九月廿九日の質屋取締法に於ては[4]「可取高利並日錢之質物造意歟云々。」と公布して日限流質契約の如き極度に貧困者に苦痛を與ふ可き契約の締結を禁止し、暗に曩述の法定期限に從ふ事を命じたが、享德三年十二月十九日の德政令に到れば更に一層詳細明確なる法定期限の規定を發布してゐる。[5]

『一、絹布、繪贊物、書籍屬、樂器具足、家具、雜具等置月外限十二月事。

一、盆、香合、茶椀、瓶、香爐、金物以下可爲廿ヶ月事。

一、米穀並雜穀等可爲七ヶ月事。』

とある。此法定期限は「任先例所被定置也」と明記し、明瞭に永享度發布の法定期限の原則に準據した事を示してゐる。併し武具類並に茶湯道具の如き動產の流質期間の比較的他に比して長期なりし事は、主として此等の動產の質置人は公家並に武家階級の者であり、此等の階級者の入質客體の流質となるを保護せんとする趣旨である事は明かである。[6]此の事は米穀雜穀又は家具日常品の生活必需品の流質期間が夫等奢侈品に比して短期なりし事と比較して注意せらるべき所であらう。換言せば假令米穀雜穀が時日の經過に依つて腐敗、價格の變動の發生する事あり、家具日常品が其價格概して低廉なる爲めに此等の客體の流質期間を奢侈品、武具に比して短期としたものと考へられるが、他方又享德年間卽ち將軍義政時代は幕政の紊亂其極度に達したる時で、行政上樞要の事項も、裁判事件も總て贈賄の額の多寡に依りて決定せられ、而も高官は連歌會、茶湯花見能樂等の遊樂に其淫蕩生活を重ねてゐたから、かゝる遊興費撚出の爲め大名小名將又公家は自己所藏の武具其他茶湯道具を典じた。此等動產の流質期間を庶民の生活上止むなく置きたる生活必需品の流質期間に比して比較的長期としたるものとも觀得る。次いで長祿三年十一月十日（建武追加自百九十七條至百九十七條）[7]の德政令も亦、勿論期間に就いては享德三年の德政期間を襲用してゐる。尙永正元年十月二日の德政令の「制之約月」とある、亦享德度の夫を指示するものであり、永正十七年二月十日の德政令（建武以來追加自百六十四條至百

六十六條）は[8]明白に享德度の法定期限を繼受してゐる。天文七年九月廿一日の近江國淺井北郡に對して發布した淺井亮政の德政條々中に、[9]

『一、絹布者十二月金物者限廿四日へき事』

の一條が見える事は中世末期の同二年三月十三日の伊達家文書に見ゆる、[10]

『一、絹布之類者、見當半分仁可取、可嘗十二つき(月)をかきり、質之物なかすましきにおゐてハ、子錢可送之事。

一、武具金物之類者見當三分一に可取、十二つきかきり。』

と共に領國法制に繼受された室町幕府法の法定期間と見得可き例證の一例である。管浦文書に、[11]

『一、絹布者十二ヶ月金物者可成貳拾四ヶ月但質物自然賣放之段爲分明者以一倍從藏方可辨之事。』

の一條が天文廿貳年の德政札面條々の事書の一として見えてゐる。又龍安寺文書、元龜元年九月廿三日の德政々目錄にも[12]

『一、絹布之事十二月事。』

の一例と共に實に永享三年度の法定期限の原則は中世後半を通じて脈々として繼續して存在してゐた事を明示するのである。併し「爲愛宕山御神事用脚並燈明錢面御境內可被條の事」の前書を有してゐる嵯峨土倉の規則には[13]（天文十九、十二、二八）

『一、俵物類者限六ヶ月可流事。

一、武具繪金物雜具等此外質物者悉限七ヶ月可流事。』

の掟があるが、此規則は質置人が「調神事人數外於嵯峨中質物可取事」の示す樣に限定されてゐた爲めに右の樣な例外的な期限が一部に於て用ひられてゐたので、何等基礎的な原則的期限の慣用された例を妨ぐるものではない。天文七年十一月廿六日債務者住吉淨土寺と債權者桑原道隆の質券田地訴訟に關する政所の返書の一節に、[14]

『武具雜具絹布樂器米穀類其外儀者約月在之、於田地者約月定無之云々。』

として、政所は動產質に於ては法定期限が在するも、不動產に到りては夫の定め存せざるを理由として道隆は質地を寺家に返還し、本錢一倍を請求し得、といふ判決を與へてゐる事は動產に關する期限の定めが中世一般社會に於て知られてゐた

事を示す好例であらうと思はれる。

第二目　利息

利息に關する法規は、中古以來公家法に於て用ひられ來りし原則が中世に尙其效力を有してゐたが動產質行爲に迄此の原則が擴張して利用されたか否か、建久二年三月廿七日の宣旨に、[15]

『一、可停止私出擧利過一倍事、仰、三代之格雖爲半倍、雜令之文猶極一倍、云彼云是不可不用、但近年其利日加、其物月增、滲以重質更代輕財、一年之中以半倍雖利分兩年之後以一倍爲定數、早下知京畿諸國、自今已後一倍之外縱雖出證文憖令從禁遏、不拘制法若猶違犯者、令負人觸訴使廳、宣糺返文書憖沒其物。』

と規定されてゐるが、此法意は要するに私出擧の利元本の一倍を超過す可からざる旨を規定したものであるが、尙此の趣旨は一般的質契約並に利息付消費貸借契約に迄適用されたものと見るを得る所である。今斯の如く想定し得るものとすれば公家法に於ける利錢出擧の原則は、直接質權設定に關する利錢の率に迄適用

されたものと想像し得るのである。右建久制符の元本一倍以上利錢を徵收す可からずとする原則は建曆二年三月廿二日、[16]嘉祿元年十月廿九日、[17]寬喜三年十一月三日、[18]文永十年九月廿七日[19]の夫々の制符に於て繼受、强調された所である。公家法に於ける利錢法規は以上の如き經過を辿りて展開してゐるが、武家法に於ては漸く嘉祿二年正月廿六日の下知狀に於て、[20]重利を禁止すると共に公家法の利錢の原則を形體上其儘繼受して公布してゐる。併し弘安二年十一月卅日の判例が示す樣に、[21]『一倍已後經訴訟之間、非沙汰之限矣』とし被告慈心に勝訴の判決を與へ腹卷の所有權を被告に與へてゐる事實は、公家法の利息元本一倍以上徵收禁止の原則は武家法に於ては利息元本一倍超過質流の原則として解釋されてゐる事を示すもので注目す可き點であり、武家的武斷的色彩の表はれてゐる一面を示すものである。かくの如く武家法に於てかく解釋されてゐた他の例として、文保三年記、五月一日の條に、[22]

『玄上爲人被取了、而今年五月六日出現、其趣旨者七條玄海法師之許ニ三百文質物ニ置之、一倍之後、能將入道八百文置之、其後伊豫國住人志津河左衞門尉二貫文買

之、琵琶造ニ令造置之云々。』

と記載されたるものがある。これは琵琶玄上が擔保に供せられ其利息が元本を一倍超過せしに依りて流質として轉々した狀態を示してをり、又以つて中世前半期に於ける武家法の利息慣行を示すものといふ事が出來る。此れより曩に幕府に於ては永仁三年に[23]「右甲乙之輩要用之時不顧煩費依令負累富有之仁其利潤、窮困之族彌及佗傺歟。」を理由として假令下知狀を帶すと雖ども消費貸借の訴訟は拒否すと明言したに拘らず「次入費物於庫倉事不及禁制」として質屋の營業を保護する但書を附してゐる。此れは曩述の樣に質屋が幕府の重要な一財源であり、且は又上下階級に共通する金融機關であつた爲であるが、かゝる質屋に於ける質利息の率は果して如何であつたらうか。中世中期末卽ち正中二年二月の法隆寺の契定に、[24]

『無質物全不可有下行又無足之文書尤可有禁制也。』

とし無利息の質契約を禁止してゐるが利率を示してゐない。然るに祇園執行日記は當時坊間に慣行された質利率を諸々に示してゐるものであるが、今其一例を述れば、(南朝興國四年/北朝康永二年)七月廿五日の條に、[25]

『廿五日天晴倉栖預之皮鞦腹卷二兩上候之間爲請出之。』

とあり、其の右側に細字にて、

『去去年五月十五日元四貫(五文ヲ)ニ一條ニ置之、』

と誌され、又八月十九日の條に、

『小壺ヲハ是ニ留テ清香(茶納カ)□□□遣賴承許之處、清水坂知秀許ニ置之(利五文入云々三貫文出之)間云々。』

十一月四日の條、

『仍借書自筆ニ書渡了、十五貫(利五文文)文書可見之。』

廿七日の條、

『師阿小壺殘二、並箱鞭用途一貫八百內(三百利分云々)。』

十二月廿六日の條、

『冬瓜、清水坂大通堂倉ニ、爲遠江阿闍梨口入質ニ置之(五文リ)。』

等何れも月別五文(年利六割)を以て質契約を締結してゐる。[26]