

## 徳川時代に於ける債権及び債務の移転

金田, 平一郎  
九州帝国大学法文学部助教授

<https://doi.org/10.15017/14531>

---

出版情報 : 法政研究. 1 (1), pp. 1-77, 1931-03-30. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :

法政研究 第一卷 第一號

徳川時代に於ける債權及び債務の移轉

金田平一郎

緒言

第一節 債權の移轉

第一項 法律行爲に依る移轉

第二項 法律上及び裁判上の移轉

第二節 債務の移轉

結論

徳川時代に於ける債權及び債務の移轉（第一卷第一號）

A

一

緒 言

こゝに徳川時代に於ける債權及び債務の移轉と云ふ標題を掲げたが、此種の法律關係の全般に亘る研究を、目論むものではない。

即ち先づ、債權或は債務の移轉なる法律關係は、當時の相續法の上にも或は又財産法に於ても、之を見ることが出来るのであるが、（一）此兩者に亘る研究は、本篇の如き小文の到底なし能ふ所でなく、（二）更に又當時の債權債務の移轉性に關する、相續法上の法理と財産法上のそれとは、夫々相異なる處が存するてふ二つの理由から、今こゝには單に財産法關係だけの研究を、試みんとするのである。

更に、徳川時代の債權も亦、指名債權と指圖債權及び無記名債權即ち證券的債權とに分ち得るが、以下には指名債權に就てのみ説述し、證券的債權には及ばない。我證券的債權は、既に早く中世にその發達を見、徳川時代に於ても手形或は切手又は札などの形式で存續し、且つ格段の發展をなして居るのであるが、此種證券的債權の移轉に關しては、研究未だ熟せざるを以て、こゝに之を割愛する所以である。尙ほ（一）當時の法制上にも、指名債權の移轉と證券的債權の移轉とは、明らかに別個の取扱を受けて居たもので、例へば指名債權の移轉中、そ

の代表でありしかも最も普通に行はれて居た所の、貸金債權の契約上の移轉を呼ぶに、特に『證文讓』或は『貸金銀讓』などの名を以てし、手形などの轉々に依る場合と區別して居たのであり、更に(一)證文讓なる行爲が、徳川時代一般に普及するに至つたのは、此種法律關係に關する法規の現れるに至るのが、公事方御定書時代即ち享寛時代以降であり、又指名債權の讓渡なる行爲は、中田博士の説かるゝが如く、我古代法上既に中世室町時代に發現はして居るものゝ、證券的債權の移轉制のそれに比較する時、その發達極めて遅々たりしものゝ、如くである所などから見て、證券的債權の移轉制より遙かに遅れて、徳川もその中葉以降のことであつたと考へられるのであるが、以上の二點は、又本稿に於て證券的債權の移轉制に、筆を及ぼさなかつた一理由でもある。

之を要するに、本稿に於て問題とする所は、徳川時代に於ける財産法上の、指名債權即ち普通の債權並びに債務の移轉に關する、法制のみに限るのである。

最後に一言すべきは、蒐集せる史料の内容から、以下には徳川幕府法上の此種制度の考察を試みるに止まり、諸藩のその記述を企てるものでないと云ふことである。尤も本稿の目的とする事項に就て、幕府法と諸藩法との關係が如何なるものであつたかと云ふことは、今後の研究に俟たねばならないが、少くとも幕府法の效力が常にそのまゝ、諸藩に迄及ぶものでなかつたことだけは分明なのである。例へば後述する様に天明八年に幕府は、

讓渡された債權が裁判上保護されるためには、その讓渡當事者が親子兄弟たるを要すと云ふ制令を發し、しかも之は幕末迄行はれたのであるが、之と異なり、文化十二年及び嘉永五年の實例に徴すると、阿波藩に於ては讓渡の當事者に就て、全く自由な制度を布いて居たことを知り得る。こは明らかに、少なくとも此點に就て、阿波藩内の此種法律關係が、幕府法の適用を受けなかつたことを示すものである。即ち阿波藩民政史料(大正五年版)一五八五頁所收米借用證文に『一元米五拾貳石……右之通……借用申處實正……其方勝手を以此借用證文何方へ讓渡候共裏判人○藩吏也承知之上は此方へ不及案内如何様共了簡可被致候……文化十二年亥年六月西川玄甫◎五島兵藏受持もんと』、同上二五九六頁所收指紙質物證文に『一銀壹貫百目……右致借用候所實正……此證文勝手を以外方江讓渡候□(共カ)裏判之方○藩吏承知之上は此方江不及案内如何様□(共カ)了簡可有之候……嘉永五子年六月山内理兵衛富田幾太郎受持たみとの』とあるが如くである。

(1) 宮崎先生法制史論集四五頁以下日本支那古代の爲替制度、横井時冬氏日本商業史流通手形、手形諸式の條。

(2) 中田博士增訂徳川時代の文學に見えたる私法爲替手形、振手形、預手形の條、前掲日本商業史全上條、幸田成友

氏日本經濟史研究米切手の條。

(3) 中田博士東京帝國大學法學部大正十三年度講義。

第一節 債權の移轉

第一項 法律行爲に依る移轉

法律行爲就中契約上の債權移轉、即ち債權の讓渡と云ふ法律關係が、前記の如く中世以來の法慣習として、徳川時代にも存在したことは云ふ迄もないが、此種の制度は又當時法律上も公認されたものであつたかどうか。先づ此種法律關係に關して、徳川根本法公事方御定書下卷借金銀取捌之事の條は、『一家質金質地金并諸借金宛所違之證文を以於訴出候者右同斷取上但證文讓請候由申候共證據於無之ニハ取上申間敷事』と規定して居るが、之は反面に於て、家質金質地金或は普通の借金などの證文讓請の證據があれば、讓請債權の出訴を裁判所に於て受理すると云ふ旨の規定と、解すべきものである所からして、當時債權の讓渡なるものが、原則として何等法律上の拘束を加へられることなく、公認されて居たことを知り得るのである。

しかし徳川中葉末來、此證文讓を悪用し、債務者に迷惑を掛け、或は不當の利益を收むる所の、恰も後の明治

以降の所謂讓渡屋に似た徒輩の糞出と云ふ世態に鑑み、證文讓に就て、前記御定書の條件以外、更に種々の條件が法定さるゝに至つたのである。尤もその各條件とて、後段に論證する様に、御定書のそれと同様、原則として單に出訴の條件たるに止まり、讓渡行爲の成立又は有效要件と云ふが如きものでなく、債權讓渡自由の原則に、何等影響するものではないのである。

以下各條件を列擧するに先だち、此種規定の生まれるに至る當時の世態を、その立法理由などを通して、一應概観して置きたい。各條件の立法理由として、天明八申年五月金銀出入讓受之出訴取計方申合候趣申上候書付評定書一座に、<sup>(6)</sup>『…然處其筋巧者成ものとも在方等江參り古證文帳面等買求讓受之積り相對致し裏判願受相手取候もの之内ニハ至而古借又ハ祖父代之儀ニ而賣掛等一向催促も不受故不存も有之又ハ致返濟受取書等所持致し證文不受戻差置吟味之上者不及濟方候得共少分之儀御當地迄罷出路用相懸り其上農業之妨ニも相成候間申分有之候而も出府不致方勝手故少々金銀差出内濟致候儀を見込古證又帳面等讓受候類近來相聞申候依之…』、安永元辰年支配所之ものより他所のもの江證文并帳面等相讓候儀ニ付相伺候書付に、<sup>(7)</sup>『室賀山城守神谷大和守當三郷町内井私共支配國之もの同士之預銀證文并賣掛帳面類江戸表町人江借銀之代リニ讓候由ニ而江戸町人より右借方之もの相手取於彼地出訴仕三奉行裏判之訴狀持參致し候もの近頃多有之又ハ當表之ものより證文帳面等讓受候由ニ而

江戸表之もの催促ニ罷越難儀之旨願出候もの間、有之當表ニ而ハ拾ケ年過候滯銀は取上不申且三郷町之もの相  
手取候出入は金壹兩(原文壹の字缺)銀拾匁鳥目壹貫文在方ハ金壹兩銀六拾目錢五貫文以上は取上右以下ハ是又取上不申  
定法ニ御座候右裏判訴狀持參仕候内ニ而拾ケ年過候滯銀并右銀以下も御座候尤相手之内銀高相違其外申分も有之  
出入ニ而も聊之銀子ニ而所之もの召連江戸表江對決に罷出候路用失却を相厭本人并所之ものより取噺出入相濟候  
様相成難儀仕候趣相聞申候其上此節江戸表之もの當表江罷越古證文古帳類銀子を以買請候もの有之先達而大和守  
御役所江呼出相尋候上相伺吟味之上江戸町奉行江掛合申候并返濟銀分ケ取候を巧を以證文取集訴狀ニは爲替銀滯  
之代り受取候趣三奉行裏判願受持參仕候ものも有之右巧之趣相願レ山城守御役所ニ而吟味仕罷在候右之通當表ニ  
而無取上出入も他所之もの江讓渡江戸表ニ而相願三奉行裏判願受罷越候様相成候而も當表定法も不相立様相成申  
候間……とあり、或は又聞傳叢書卷十一の八一二頁所出金公事之事の條に、『……近年は一向縁も無之もの少  
し金子を差出、證文或は附込帳等賞請致渡世候族有之不埒に候、……』、地方落穂集追加卷四の四六二頁所出文  
政十年村々申合の條々中に、『一村々の内へ公事師と唱へ他の貸金を引受、俄之下人に被抱御差紙を願、又は出  
入の腰押等致し、村方を騒立候もの有之由、右者不屈之儀に付、右躰之者有之候は、不隱置密々可申上候事』  
などあるは、當時の世態並びに各條件法定の消息を、如實に示す所のものである。



- (5) 徳川禁令後聚第二帙三〇五頁。
- (6) 全上四一三頁。
- (7) 東京帝國大學法學部研究室藏目安秘書四讓受證文并證據物取用有無之事、尙ほ以下に目安秘書と云ふは、特記あるものゝ外全部同一本。
- (8) 日本經濟叢書卷十。
- (9) 同上卷九。

一 扱て此の如き事情の下に、債權の讓渡に就て定められた條件は、如何なるものであつたか。

(一) 先づ第一段に設けられた條件と見るべきは、安永四年親より讓受候證文親出奔ものニ付不取上なる文に、<sup>(10)</sup>  
『安永四未年月安藤彈正少彌持參一武州神田村幸吉願山川下總守組御徒關口津兵衛外六人貸金出入是ハ幸吉親三上又六回國ニ罷出候節證文讓受候段申立候處曲淵甲斐守吟味中又六ハ出奔いたし候ものニ付無取上』と、即ち吟味中に出奔せる親の債權は、之を讓受けて出訴するも、裁判所に於て受理しないと云ふ制度である。只此の如き制度が、親子に就てのみならず、一般にも適用されたものであつたか否かに就ては、こゝに掲げたもの以外、そ

の資料を今全然缺いで居るので、いづれとも判定し得ないのである。しかし徳川時代の法制上には、一定の刑罰を科せられた者に關し、彼が自己に屬する債權に就て訴權を行使する場合に、或種の制限が附せられ、或はその債權そのものゝ消滅を來すと云ふ制度が存在するのであるが、此の如き制度の法理を以て見る時は、吟味申出奔と云ふが如き犯行ありし者に屬する債權を、讓受け出訴するも受理せずと云ふ制度は、必ずしも親子間の讓渡の場合にのみ限つたものではなく、一般に通じて用ゐられたものであると、推測し得らるゝ様に思ふのである。

(10) 目安秘書四讓受證文并證據物取用有無之事。

(11) 拙稿徳川時代の特別民事訴訟法國家學會雜誌四三卷二號一四二頁。

(二) 次いで安永六年に、寺院社人修驗等が百姓町人より債權を讓受ける場合に就て、一定の條件が法定さるゝに至つた。安永六酉年十二月十一日の、「一寺院修驗等之類町人百姓より賣懸り帳面證文其外借金銀證文讓受出訴致候分者取上申間敷哉之事是ハ賣懸帳面證文讓受出訴致候分者不取上借金并質地作徳之證文讓受候ハ始末吟味之上初判差出候積リ……一座評議之上極ル」<sup>(12)</sup>なる、評定所一座の評決がそれである。即ち寺院修驗等が百姓町人から讓受けた債權中、只「借金并質地作徳」即ち所謂普通の貸金債權と小作料債權だけを、裁判所は受理し

（『初判差出』）、『賣懸帳面證文』即ち賣掛代金債權の出訴は『不取上』ることゝなつたのである。<sup>(13)</sup> 只右の文には社人の名目が擧げてないが、中田博士藏公裁録上訴狀糺方之部一部寺社修驗等之貸金訴狀糺方の條には、同旨の文を載せて、『寺院社人修驗等……』となすに依り、社人又寺院修驗と共に、安永六年制の適用を受けたものであることを知るのである。

尙ほ右の評決文に『百姓町人』とあるは、例示的な意義のものではなく、限定的用例であつて、町人百姓以外の者から讓受けた債權に就ては、本條件は全く適用がなかつたと解せられるのである。少くとも武家之扶持人に就ては、此點に關し次の如き明證が存するのである。即ち前段に掲げた評定所一座の評決がなされた翌年、安永七年に於ける牧野豊前守懸の事件は明らかに、修驗が武家之扶持人より貸金（當時貸金と云ふは、原則として賣掛代金を含まず）債權を讓受けて訴出でた場合、裁判所之を受理するの制であつたことを示して居るのである。目安秘書三金銀出入之事の部武家之扶持人より讓受候證文右扶持人義主人役筋江不申聞讓渡候義ニ付不取上の條に、『安永七戌年牧野豊前守懸一元數寄屋町壹丁目修驗自元院江浪人猪狩奎左衛門より右證文讓受候由申立證文所持いたし候得共奎左衛門義備後守より扶持申受乍罷在同人役人江相談も不致讓受候に付無取上積』<sup>(14)</sup>とあるがそれである。尙ほ本文に依つて、武家之扶持人よりの讓受債權は、その者支配の『役人』へ『相談』をなし、然る後讓受けたものであることを、

その出訴條件とするものであつたことを知り得るのである。

(12) 徳川禁令考後聚第二帙四一二頁。

(13) 徳川時代に於ける各種金銭債權の種類名稱、又は初判其他訴訟上の用語などに就ては、國家學會雜誌四二卷一

號以下に載せたる前掲拙稿徳川時代の特別民事訴訟法參照。

(14) 律令要鑑卷之二讓證文を以願出候者之事參照。

(三) 翌安永七年には一般的規定として、『貸金銀并賣懸金銀等讓請出訴讓證文有之候與も讓主呼出讓候譯相糺紛敷義無之候ハ、可取上若紛敷筋候ハ、其品に寄無取上旨申渡或は不埒之取扱等有之趣相聞候とも其譯不及吟味無取上旨可申渡候』<sup>(15)</sup>なるものが見えるが、之に依ると讓渡の『譯』が紛敷きことなく、明白であることを必要として居るのである。そこで然らば『譯』とは何を意味するかと云ふことになるが、今その年代を缺いては居るが、右の制令發布後と推定し得べき、しかも此制令の要領を代官に指令したものと見らるべき文に、『一古き貸金の譯文、亦者附込帳は讓受濟方願出候節、親類縁者へ謂有之讓渡候哉、又は貸金の方に請取濟方願出候敷、右之類は無據事に候得共、…當人に無之讓請候證文を以て、別人濟方願出候ては、近年は御取上無之由に付、御代

官之取計も右に准じ可然事<sup>(16)</sup>とあり、又その内容から推して少くとも天明元年以後天明八年以前のものと考へられる、他より賣掛證文讓請願出候類之事に、<sup>(17)</sup>『是ハ内々金子を出買受候金公事ニ而表面貸金之代ニ賣買帳面或ハ證文讓請候由申立濟方願出候砌リニ先讓渡候もの被召出若當人不快ニ候ハ、名代ニ而被召出得と御糺ニ相成申口符合致候得ハ差紙被遣候：：天明元丑年頃：：』とある所から見ると、譯とは當該讓渡が親類縁者間の讓渡であること、或は所謂古帳買などではなく、實際に債務の辨濟に代へての讓渡であると云ふことを、意味するものであつたらしいのである。即ち安永七年、讓請債權の出訴が取上られるためには、その讓渡が親類縁者間に行はれたこと、然らざれば債務の辨濟に代へての讓渡であることを、必要とすと規定さるゝに至つたものゝ如くであるのである。

(15) 中田博士藏公裁錄上訴狀糺方之部讓請候出訴の條、一座議論上廿八條、古事類苑法律部第三、五二〇頁所收記事  
條例文。

(16) 前掲開傳叢書卷十一の八一二頁金公事之事、此文が少くとも延享三年後寛政前のものであることは、本文と前掲  
國家學會雜誌四三卷二號一五三頁所收文とを對照する時、自ら分明する。

(17) 聞詔秘鑑卷之中。

(四)

しかし尙ほ債權讓渡悪用の弊風止まざりしたため、天明八年更に條件は加重せられて、讓渡債權に就ては、親子兄弟間に於て讓渡されたものゝ出訴だけが、受理されることゝなつたのである。即ち『：以來親兄弟より讓受候ハ格別貸金賣懸等之代リ證文帳面讓受願出候類假令證文慥ニ候とも當人より直ニ不相懸分者取上不申且親兄弟之外親族之讓受も不取上積り申合候此段申上置候』<sup>(18)</sup>ことゝなつたのである。

尙ほ此天明八年の令條に、『親兄弟』と云ふは、極めて嚴格に字義通りの親子兄弟であつたのである。即ち右の文に云ふ如く、『親兄弟之外親族之讓受も不取上』るものであつたのであるが、次に掲ぐる二文に依ると、祖父母より讓受けた債權の出訴すら、『不取上』る法意であつたことを知り得て、『親兄弟』の文字の如何に嚴格なる用法に従つたものであるかゞ、一層明瞭になるのである。即ち文政九戌年二月廿八日讓證文を以出訴之儀ニ付町奉行組與力申立候書付に、『本所清水町吉兵衛店喜市代嘉兵衛信州更級郡丹波島村彦五郎外拾壹人相手取貸金出入主計頭殿御役所江及出訴候處祖父より金子相讓候趣親より之讓狀ニ而御裏判願出候ニ付右振合御問合御座候間先例取調可申上尤先例無之候ハ、取計方をも評議仕可申上旨被仰渡候ニ付別紙訴狀并證文寫一覽仕種々先例取調候得共類例も見當不申御見合可相成書留等も無御座依之評議仕候處願人喜市親幾作より右喜市江差入置候讓狀之

趣ニ而ハ祖父惣兵衛儀貸附置候金子證文を相讓候趣ニハ無之金子ニ而祖父より孫喜市江相讓候處親幾作儀右金子兩名又ハ一名ニ而夫々貸附右證文を俸喜市江相讓候趣之文段ニ有之候間天明八年御一座被仰合之親兄弟之外貸金賣掛等讓證文を以願出候共御取上無之旨之取極トハ趣意違ひ可申候間此度及出訴候喜市一名之證文者勿論幾作喜市兩名幾作一名之證文も外ニ故障も無之候ハ、御裏判被遺候方ニ可有御座哉ニ奉存候依之御下ケ被成候書物返上此段申上候以上……』とあるが、之は祖父より貸金證文を讓受けたのではなく、祖父より讓渡された金錢を父が他に貸附け、その貸附證文を子が讓受け出訴したもので、天明八年の『親兄弟云々』の規定に牴觸するものでないところである。本文の反面解釋に依つて、天明八年制の『親兄弟』の『親』は、文字通りに親で直系尊屬であつても祖父は、之を包含するものでないことが明らかになるのである。更に嘉永三戌年九月家質讓證文之儀ニ付伺(20)は、こゝに某女所有の家質證文(家質證文とは家質なる不動産擔保附の貸金證文に外ならぬ)を、その死後祖母某が某女の弟に讓渡した事例があり、此場合『祖母より之讓狀に不拘』、實は祖母の所有にかゝる家質證文を讓り渡したのではなく、祖母が死亡せる某女に代つて讓渡したに止まり、事實は姉より弟への讓渡であつたのであるが、此種の讓渡にあつても尙ほ弟に訴權が附與されるものであつたか否かを質問して居るが、之は當時祖母より讓受けた債權は、之を出訴しても裁判所に於て受理しなかつたと云ふことの證據となし得るであらう。尙ほ右の伺文に依り、『兄弟』とは、

廣義に兄弟姉妹を意味するものであることが分明するのである。

天明八年制は、前段に掲出した嘉永三年の伺書の文意からするも、少くとも嘉永前後迄存続したことは確かなのである。否徳川末迄實際に施行されたものではあるまいかと思ふのであるが、明治年間に入ると既に早く消滅に歸したことが明瞭である。民事要録甲篇五〇三頁所出同治七年七月三十日指令同年六月九日神奈川裁判所伺

の條下の指令に、『原告後藤勝五部請求スル處ノ金ハ本證書ハ廣瀬常吉名宛ナリト雖トモ既ニ勝五郎ニ於テ讓受ケタル上ハ最早常吉ノ手ハ離レタル者ナリ然レハ被告中川兵助ニ於テ山口久米藏ヨリ讓受タル證書右常吉ニ掛リ請求スヘキ金アルヲ以テ原告勝五郎ニ對シ彼是苦情等申立ル筋ハ之レナキ筈ニ付速ニ辨濟スヘキ様裁判及フベク……』とあるは、その例證である。蓋し本件に於ける後藤勝五郎と廣瀬常吉、或は中川兵助と山口久米藏とが、夫々親子兄弟の續柄にあつたものとは、考へられないからである。

扱て以上の如く天明八年以降は、讓渡債權が裁判上保護さるゝためには、當該讓渡が親子兄弟の間に於て行はれることを必要とするに至つたのであるが、此原則は次の如き三つの例外規定を伴ふて居るのである。

第一の例外は、『度懸り公事殘金』なるものを召仕に讓渡する場合である。當時の訴訟法上『度懸り公事』或は『度掛公事』なる名目が存したが、之は原則として判決確定後の債務の執行を意味するものであり、日限證文



なる形式で日限濟方（一定日限内の辨濟）を申附けた後に於ける、執行を云ふものであつたらしく思へるが、さすれば度懸り公事殘金なるものは、日限證文なる形式で表現されたる債權にして、當時未だ満足を得ざる部分を意味したものと考へられるのである。<sup>(22)</sup> 扱て天明八年制に對する例外と見るべきは、少くとも前記の如き内容の度懸り公事殘金なるものに就て、その讓渡が親子兄弟間に限らず、主人より召仕に對して行はれた場合にも亦、その訴權行使に支障を來すが如き結果を招來するものではないと云ふ、寛政八年度の規定である。尙ほ此寛政八年制は、讓渡の目的が判決確定後の債權であると云ふ、特殊な事情から出でたものであり、又讓渡の形式たる名義書替が、裁判所に於て行はれるものであると云ふ點などから見る時は、之を以て天明八年度の制規の例外となすことに就て、多少の疑問が存在するのである。寧ろ之は一の訴訟上の處分たる性質を帯びるもので、法律行爲に依る債權の讓渡ではないと、解すべきであらうかとも思はれるのである。しかし次段掲出文に依つて知り得る様に、よしそれが訴訟上の處分に近い性質であつたにしても、當事者の願出に基づいて讓渡（日限證文名義書替）が行はれるものである所からして、先づ實體法上の債權讓渡の場合なりと解して、差支ないと思ふのである。予所持目安秘書百十八條度懸り公事殘金召仕江讓渡し願出名前時替遣し候義評議に、『肥前守懸り松平侶之承知行下總國千葉郡土谷村安兵衛煩ニ付藤助芝源助町家主金右工門右安兵衛々本堂大和守懸貸金出入去丑年日限濟方

申付置候處度懸リ殘金安兵衛召仕金右工門江讓渡旨相願候ニ付願之通申付名前書替遣し尤金右工門義は町方住居之義ニ付以來町奉行懸ニ而取遣可致旨申渡大和守家來津久非六郎江も令聞之右は寛政八辰年三月十一日一座評義之上極ル」とあるは是である。但し前掲東京帝國大學法學部藏目安秘書三金銀出入之事の部度懸殘金讓渡の條所出の同旨文(但し缺年號)は、更にその前段に、『此張紙ハ不用ニ成主人より之讓受ハ不取上積委細ハ帳ニ朱入有之候事』と、又その最後段に、『張紙貳百十八』なる文とが附加されて居るが、之に依つて見ると寛政八年の例規定は、その後何時しか年代は判然しないが、廢止されるに至つたのである。

第二の例外は、享和二年に於ける、所拂に處せられた者に屬する債權の移轉に關する規定である。元來所拂は居住地追放で、所拂に處せられた者は元居住地に立歸ることを禁ぜられたものであるために、享和二年被追放者の元居住地在任人に對する債權は、裁判上の保護を受け得ないと云ふ制度が設けらるゝに至つたのであるが、しかし此場合若しも被追放者にして、その債權を親類下人その他由緒ある者などに讓渡し、之等の讓受人より出訴する時には、裁判所之を受理すると云ふことが、同時に規定されたのである。之は所拂に處せられた者の債權に就ては、必ずしも親子兄弟に止まらず、更に親類下人その他由緒ある者などが讓受けて出訴するも、尙ほ之を受理すると云ふ定めであつて、明らかに前記天明八年制の例外であると云ひ得るのである。即ち所拂ニ相成候もの元

居町ニ貸銀有之濟方願出候節取計方評議之事に、<sup>(24)</sup>『所拂相成候もの元居町ニ貸銀有之濟方之儀願出候節右町江願人難立入候儀ニ付其所之ものを相手取願出候とも取上申筋ニハ無之然共親類下人杯其外由緒有之もの江讓渡候上讓請人より願出候節ハ取上吟味之上裁許可致事右者享和二戌年五月二日町奉行持參一座評議之上極ル』とあるが如くである。<sup>(35)</sup>

第三の例外は、後に詳述する通り、座頭官金弟子讓に就ては、少くとも寛政五年から天保十四年迄は、その當事者が親子兄弟であることを、必ずしも讓受債權出訴の條件とするものではなかつたことである(次段二の二)。

(18) 註(6)所引評定所一座の申合書の後段。

(19) 徳川禁令考後聚第三帙四三六頁。

(20) 同上四五六頁。

(21) 家實に就ては中田博士徳川時代ノ不動産擔保法學協會雜誌三六卷六號參照。

(22) 度懸公事なるものを、前記の如く推量せしは、以下列擧の史料に依つたのである。徳川警察沿革誌下卷八二五頁

所收文に『享保四年八月十六日一……一公事訴訟に罷出候者近來當人は不罷出名代斗り差出不届至極に候自今は當人は不及申家主五人組の内差添可罷出候但度懸り公事には當人ニ家主計可罷出候事』、評定物手形帳(古事類苑法律部第三、五三三頁)に『一私共儀、今四日、度掛訴訟ニテ、御評定所江可罷出處、相流候ニ付、明五日、

御聞被成候ニ付、同日朝六時、御評定所江可罷出旨被仰渡奉畏候、尤差出御用ニ相成候旨、是又被仰渡奉畏候、爲後日仍如件、○文化十四年九月四日（以下略）、類例秘録二卷之三に『午○文政五年四月大貫次右衛門出一武州寺嶋村蓮花寺江下千葉村正王寺江可濟出金一件願方何書書面貸金度掛リ之儀双方無申分内濟いたす上は濟口之趣承届訴訟人被爲指遣日限證文は其方役所江取上可被申候以上午四月、予所持目安祕書五四條貸金銀出入御改正被仰出候ニ付申合之事に『一三奉行掛ニ而吟味中之出入并三十日限濟方申付候分且切金度懸公事共……』、全上百六條度懸公事取遣之義取扱并名前書替評定所押切焼失之節咎有無ニ寄取斗等之事に『度懸公事切金之儀……』、『一評定所度懸リ金銀出入……』などの名目が見え、又全上百十五條にも『度懸リ出入……』などあり、又徳川禁令考後聚第二帙四四〇頁所出文政十亥年十一月金子借主所拂ニ相成候節濟方之事の條下に又度掛公事の名目が見える。尤も此文は債務の相續に關する記事であるが、その中に『……度掛公事相手方欠落いたし候節是迄妻子江日限證文書替等……』、又その附紙中に『……前書及御相談候ものハ度掛リ公事ニハ無之初判差出候相手方之ものニ有之……』とある参照。評定所書留三御相談書（古事類苑法律部第三、五三三頁）に『一御政事向御改□ニ付略○中式日立合御用向取扱順立、寛政二戌年二月申合候趣、其頃ハ何分金公事多く、訴訟ニも度掛リ公事訴訟、差紙願等、品々取計振有之候得共、當時ハ右跡之廉々先ハ無之候間、訴訟可致爲、注進狀差出候前、別段ニ評席江出候ニも及間敷候間、……及御相談候、○嘉永二年十二月』。尙ほ前掲拙稿参照。然るに全國民事慣例類集（明治文化全集八卷所收本、以下全部全一本、三二九頁及び三三二頁所出の武藏國豊島郡に於ける慣例は、少しく度掛

公事に就て趣きを異にした記述をなして居る。或は同名異事か、或は幕末に至り度掛公事の内容が變化したものとかなど考へられもするが、此點は全く後考に譲らねばならぬ。只参考のため該慣例をこゝに併記して置く。『從前借入金滞町奉行へ出訴スルトキ平民ニテ家出又ハ大借ニテ濟方手段ナキ分ハ親戚ノ内助金スヘキ資力アル者へ理解アリ村役人取扱吟味下ケテ願又助力スヘキ者ナク貸主一同分散配當承諾シ或ハ追テ身代持直次第掛ルヘキ旨ニテ過半吟味下ケニナリタレトモ武家方借入金公裁ノ内ニハ評定所へ廻リ裁許ノ上切金ト唱へ高ニ應シ年々割渡トナリ或ハ町奉行所手限ニテ度掛リト唱へ金子調達出來マテ相手方拘留スル事モアリ身代限ノ成規ハ民間ニテ了知スヘカラセラル事ナリ』。

(23)

本朱書は古事類苑法律部第三、五三四頁所收目安秘書の文にも見える。尙ほ前註にも掲げた予所持目安秘書百六條一評定所度懸リ金銀出入名前書替之もの書替申付候上云々の條を通讀すると、此寛政八年制以前より、既に日限證文の形式で現はされた債權の移轉に就ては、一般的に天明八年制の適用を受けなかつたのであつたもの、如くにも解せられそうである、しかし寛政八年制が評定所一座の改めての評決に出でたものであり、又予所持目安秘書百十五條などに依つて知り得る様に、此種債權は相續人に移轉するのであるが、之等の關係より推して、右百六條の一文は尙ほ相續の場合の名義書替を意味するに止まるものと、解すべきであらうと思ふのである。

徳川禁令考後聚第二帙四一九頁。

(25) (24)

前掲拙稿國家學會雜誌四三卷二號一四二頁ハ參照。

二 以上に述べた所は、徳川時代債権の譲渡に關する一般的規定であるが、或特種な債権に就ては、更に以下に擧ぐるが如き特別規定が存在したのである。即ち大坂町奉行の支配管内居住者間に成立した債権、及び座頭の貸附金たる所謂官金を、讓受けて訴出するに際しての條件がそれである。

(一) 徳川時代債権の出訴期間制は、既に早く元禄十一年に二十年と定められたが、之に對し、前段に掲出せる安永元辰年支配所のものより他所のもの江證文并帳面等相讓候義ニ付相伺候書付(註(7))に云ふ如く、大坂にては少くとも安永元年代より、滯銀即ち金公事債権の出訴期間を十年と改定して居る<sup>(27)</sup>。然るに江戸方に於ては天保十三年に至り、初めて金公事債権(大半消費貸借上の債権であり、無擔保の金錢債権である)<sup>(28)</sup>中の賣掛代金債権に就てのみ、その出訴期間十年と法定するに至つたもので、ために少くとも金公事債権に關しては、安永元年以降、江戸大坂に共通な一般的出訴期間制が存在しなかつたので、此時代以後、大坂方の法制上にては既に出訴期間を空過して了つた債権であつても、江戸方に於て出訴する場合には、裁判所之を受理すると云ふ奇現象を見ることになつたのである。そこで此の如き當時の法規の不統一不備に乗ずる徒が、現はれるに至つたのであるが、此間の消息は、之又既に本項初段に掲げた安永元年の書付に依つて充分明瞭であらう。こゝに於て大坂に於ては、安永元年以來『私共支配所同士之預銀證文其外賣懸帳類ニ而も他所のもの江相讓間敷候是非可相讓筋も御座候ハ、其節斷出奉行所之差圖受

候様可致旨大坂三郷井攝州河州播州在々江相觸……<sup>(30)</sup>れることになつたのである。即ち原則として大坂町奉行の支配に屬する者の間に成立した債權は、大坂町奉行支配外の者に『相讓間敷候』と、定めらるゝに至つたのである。尙ほこゝに云ふ『相讓間敷』は、その普通の語義からして、又大坂市史第三の八〇四頁所收六月廿日攝・河・播同士の預銀證文帳面類、他所之者へ相讓間敷事は右と同旨の文であるが、それに依ると『……近頃右證文書面類他所之者へ相讓候義間々有之、不埒之事ニ候、以來決而相讓間敷候、……』なる語句の見える所などよりして、債權の此種の讓渡を禁止する意味の如くにも考へられるが、之は後段に於て論證する様に讓渡を禁止するか、或は此種の讓渡を無効とすると云ふが如きものではなく、『不取上』と同様、此の如き讓渡は單に出訴條件の欠缺を招くの謂に外ならないものと思ふのである。扱て此規定も、前記の如く江戸方にも大坂と同様に、天保十三年以後は賣掛代金債權出訴期間十年制が施行せらるゝに至つたので、此時以來少くとも江戸の者へ讓渡す賣掛代金債權に關しては、自然その適用を見なくなつたものであらうと思はれる。しかし本規定は、その他の金公事債權に就ては、依然として後來まで適用され、前記の如く安永四年以降各條件が法定さるゝに至つた後に於ても、尙ほ並び行はれたものであるらしいのである。それは天明八年以降、親子兄弟間に於て讓渡された債權のみを、裁判上保護すると云ふ最も嚴格な一般的规定が、施行さるゝに至つた後に於てすらも、尙ほ且つ安永元年の

制度は、存立して居たものと考へられるからである。何となれば、親子兄弟間の債權譲渡であつて、その間先づ以て奸計の介在を考ふべからざる性質のものであつても、大坂町奉行支配下の土地に於て成立した債權を、他支配地居住の親子兄弟に移轉すると云ふことは、出訴期間制の統一されざる限り、債權者の交替につれて、出訴期間が左右されると云ふ結果を生ずることになり、引いては債務者に不當な不利益を被らしむると云ふ、不合理に陥り易いと思ふことが出来ると思ふが、此の如き見解に従ふ時は、よし安永元年制が出訴期間制の不統一に乗ずる奸策を抑壓することを以て、その直接の目的としたとは云へ、その實質上の立法理由は、債務者保護にあつたことは云ふを俟たない所であらうからして、即ち安永元年の制度の精神から推して、たとへ當事者が親子兄弟であつたにしても、大坂町奉行支配地とそれ以外の土地とに在住する者共の間に於て譲渡された債權は、尙ほ訴權を以て保護されるものにあらずと解するのが、その當を得たものと考へるからである。尙ほこゝに以上の如き推量を、幾分か裏付けると思はれる資料が存する。即ち年代は不詳であるが、目安秘書が前掲安永元年の書付の次段に収録して居る所から見て、先づ安永元年制以後のものとして推定し得られる、『大坂支配國之もの親之貸銀を借方相對ニ而書替銀主ニ成候後分家ニ而江戸表江出人別入いたし候上右貸銀出入願出證文讓受候類與ハ譯違候故を以取上』<sup>(32)</sup>なる文がそれである。本文は、先づ親から證文を讓受けて後江戸に轉住した場合、その證文を以て子が出訴



するも、裁判所は之を取上ないと云ふ制度の存在したことを示すものと、解して差支なからうがと思ふのであるが、若し果して然りとすれば、よし之は讓渡後の轉住を問題として居るもので、轉住後の讓渡ではなく、必ずしもこゝに適當する例證でないとは云へ、又以て間接の推測資料となし得はしまいかと思ふのである。尤も之を讀んで、子が江戸に轉住後、親の債權を讓受け出訴したのでなく、『借方相對ニ而書替』の上親に代つて債權者になり、然る上訴出たのであるから、此訴を取上るものなりの意味と、即ち親子の間でも轉住後に讓渡した債權ならば、之が出訴を受理しないの意味を含むものと解釋するならば、前段の推量が全くその當を得て居ることを立證するに、充分な資料たるを失はないが、此解釋はその文辭全體から見ても、少しく無理がある様に考へられるので、今は姑く此意味に採ることを見合して置きたい。

(26) 前掲拙稿國家學會雜誌四三卷二號一四八頁。

(27) 全上に於て、大阪に於ける金公事債權出訴期間十年制は、天明五年創定の如く記したが、之は全く研究粗漏の結果である。

(28) 前掲拙稿國家學會雜誌四二卷一一號第一節金公事の客體參照。

(29) 前掲拙稿全上誌四三卷二號一四八頁。

註(7)所引安永元年の書付。

(30) 當時の裁判管轄に就ては前掲拙稿國家學會雜誌四二卷一一號第二節參照。

(31) 目安秘書四註(7)所引の條次段。

(二) 次に座頭が貸附けた所の所謂官金に就ては、寛政五丑年座頭官金當人相果跡相續人等より濟方願出候節取計方之事を以て、『一座頭共貸金證文宛所ニ弟子又ハ仲間中杯と書加有之官金跡相續人并讓受人等座頭ニ候ハ(31)、定例之通取計素人より右躰之證文を以願出候ハ、假令座頭之縁有之ものニ候とも濟方之不及沙汰積り』と定められて、官金證文に於て、その債權者名義欄に座頭自身の名と並んで、『弟子』又は『仲間中』などの名義が書加へられてある場合、即ち師匠たる座頭が、將來その弟子への讓渡所謂弟子讓、或は仲間への讓渡をなすことあるべき旨を、前以て表示して居る官金債權に就ては、その讓渡債權の出訴は、必ず座頭たる讓受人に依つてのみなさるべきで、如何なる事情あるにせよ、『素人』即ち座頭たる身分を有せざる者に此種債權を移轉し、素人より訴出ることがあつても、裁判所之を受理しないと云ふ制規が設けられることになつたのである。此弟子讓或は仲間への讓渡を表示せる官金債權に就ては、既に之より以前發布されて居る所の前記天明八年度の、親子兄弟以

外の者に讓渡された債權は、訴權を以て保護されないと云ふ規定の効力が、その當初例外として及ばなかつたもので、漸く天保十四年以降初めてその適用を受けることになつたのである。これ之を以て、天明八年制に對する例外規定の第二として擧げた所以である。即ち天保十三寅年十月朔日越前守殿江御直上ル金銀出入取捌之儀ニ付勸辨仕候趣申上候書付中の一家實金質地金諸借財宛所違之證文の條に、『…親子兄弟之外讓渡不相成旨天明八申年五月評定所一座申合有之右之趣申上置候以來親子兄弟之外證文取用不申候間是迄之通取捌可申座頭官金弟子讓之儀ハ是迄取上來候得共取計兩端ニ涉候間以來ハ官金之儀も右同様取捌可申候…卯五月廿五日越前守御渡』とあるが如くである。天保十四年以降の、即ち天明八年制が此種官金讓渡にも適用されることになつた後の、座頭官金に關する右寛政五年の例外的特別規定の運命はどうなつたかが問題になるが、此點に就ては今全く明證を知り得ないために、斷定的見解を有ち得ないが、天明八年制の適用を受けつゝ、尙ほそれに牴觸しない範圍で存続したものと、語を換へて詳しく云へば、此種官金の讓受人は、座頭にしてしかも更に讓渡人の親子兄弟たるを要すとの制度が存在したものと、一應の推定がなし得らるゝ様に思ふのである。それは前掲寛政五年の文に云ふ如く、こゝに擧げた様な特殊の形式を備ふる官金債權にあつては、その相續の場合に於ても、座頭たる承繼人だけが當該債權の出訴をなし得たものであつて、此の如き相續制度は後々までも即ち天保十四年以後も、尙ほ存立したも

のと推定し得られる様に思ふが、果して然りとすれば、相續の場合に於てすら此種形式の官金に就ては、座頭たる相續人の出訴のみが裁判上保護され得たに止まると云ふことになるのに、之に反して財産法上の讓渡にあつては、當事者は單に親子兄弟たるを以て足り、讓受人の座頭たるを必要としないものであつたとすると、その間多少均衡を失するものがある様に、考へられるが故である。

(33) 前掲拙稿國家學會雜誌四二卷一一號第一節金公事の客體。

(34) 徳川禁令考後聚第二帙四一六頁、予所持目安秘書六五號座頭共貸金當人相果跡相續之ものノ願出候節取斗之事の條は同旨の文であるが、特に『檢校勾當等誰與其一人之宛又は官金之文意有之候與も弟子或は仲間中等書加無之候ハ、素人ニ而も可讓受筋之ものニ候得は可願出候得共……』とある、尙ほ目安秘書二寺社座頭之事の部にも同文が見える。

(35) 次段掲出の天保十三年の書付にこの名目が見える。

(35) 徳川禁令考後聚第二帙三三〇頁。

扱て以上を以て、徳川時代契約上の債權移轉に關する、法制の大要を述べ終つたのであるが、その全部が訴訟法規であり、而してその内容は讓渡債權の出訴條件を規定せるもののみであると見るべきである。されば先に、

徳川時代契約上の債權移轉は、何等の拘束を加へられることなく公認され。剩へ債權移轉に關して存する諸法規は、全て出訴條件を規定するに止まり、移轉契約そのものゝ成立或は有效要件に關するものでないことを一言して置いたのであるが、今以下にその然る所以を論證せねばならぬ。

右に説述した如く、債權の讓渡即ち證文讓にして、夫々の法定條件を缺く場合には、當該讓受債權の出訴を、裁判所に於て『無取上』、『不取上』の效果を生ずるものであること、前段に例示せる各々の文に依つて知り得る通りである。所で徳川時代の法律に於て『取上』なしと云ふは、原則として單に當該法律行為より、何等の訴權が発生せざることを意味するに止まり、別に法律行為自身を無効とするの謂でないのであるが、此の如き當時の法律用語例の原則に照して考ふるも、前記債權讓渡に關する各條件が出訴の條件たるに止まり、證文讓行為それ自體の成立又は有效要件でなかつたことは明らかである、只一つ大坂町奉行支配下の地に成立した債權に就ては、他支配下の者に『相讓間敷』或は『相讓義……不埒之事』との法令が行はれ、而して之は恰も讓渡そのものを禁止する意味かとも解せられ、此規定に違反せる讓渡は當然無効であつたかの如くにも考へられることは、之又先に述べた通りである。しかし少しく考究を試みる時は、『相讓間敷』又は讓渡『不埒』は、尙ほ『取上』なしの效果を生ずるに止まるものと解せられるのである。即ち當時の一書付が、前記の如く明らかに『不取上』るの效果

を伴ふに過ぎない天明八年度の規定を引用して、『親子兄弟之外讓渡不相成旨天明八申年五月評定所一座申合之』<sup>(38)</sup>と記して居るが、之に依つて『相讓間敷』「相讓義：不埒」必ずしも讓渡禁止を意味するものでないことを、知り得るのである。更に御定書以來の原則に照して考ふるも、こゝに述べた見解が、最も妥當であると云ふことが出來よう。

尙ほ前出安永七年の文に、『…不埒之取扱等有之趣相聞候とも其譯不及吟味無取上旨可申渡候』とある。扱て『譯』とは先に論證せる如く、親類縁者間の讓渡、或は債務の辨濟に代へての讓渡と云ふことを意味するが、そこで今右に掲げた文を見る時、之は問題の債權讓渡に就て、讓渡の當事者或はその緣由が如何なるものであるかと示ふ點は、『不及吟味』即ち法律上問題にせず、只右の『譯』即ち條件が欠缺して居る場合は、それを理由として裁判所は、消極的に『無取上』の處分をなすに止まるの意義と解すべきであるが、以上は債權讓渡に關する『取上』なしが、又當時の法律用語例の原則に従へるものであることを、實證するものであらう。又目安秘書<sup>(39)</sup>は『都而座頭共貸金證文宛ニ何檢校勾當仲間中又は弟子抔與認メ文言内ニ官金之趣認有之…分は其弟子筋江可讓證文ニ有之候乍然其所は可相構義ニ無之候得共…座頭之手を離れ候素人より可相願筋ニ無之候…』なる文を載せて居るが、又以て實證の一資料となし得られよう。

(37) 前掲中田博士徳川時代ノ不動産擔保法一六頁、前掲拙稿國家學會雜誌四三卷二號第三節。

(38) 註(36)所引天保十三年の書付。

(39) 註(15)所引。

(40) 目安秘書註(34)所引條。

本項を終るに當り、上來説述せる證文讓貸金銀讓又は弟子讓などの「讓」、即ち本項に於て債權の移轉と云ひ或は債權の讓渡と稱して來た移轉行爲又は讓渡行爲は、法律上如何なる性質を有するものであらうか、就中今日謂ふ所の債權讓渡と、如何なる對照をなすものであらうかと云ふ點に就て、吟味を試みて置きたい。

しかし此吟味に入る前に、先づ以て解決して置かねばならぬ疑問が、二つあるのである。

その一つは、座頭官金の弟子讓が双方行爲であつたか、或は單獨行爲であつたかと云ふ問題である。弟子讓に就て此の如き疑問の生ずるのは、元來座頭官金弟子讓なるものが、遺贈の性質を有つものではないかとの疑が起るからである。即ち確證を有する譯ではないが、例へば公裁錄上一座頭貸金之訴狀糺方の、<sup>(41)</sup>「…官金之趣認有之證文を以當人相果候<sup>○</sup>付弟子又ハ仲間中杯と書加へ有之官金…讓請人等座頭<sup>○</sup>候ハ、定例之通濟方申付け

…」なる文に依つて見らるゝ様に、原則として弟子譲なるものは、師匠たる座頭の死亡を、或種の條件として居るもの、如く推定されるのであるが、此の如き推定の上に立つ限り、弟子譲は遺贈の性質を有するものではなかつたかと考ふるのは、一應無理のないことではあるまいか。况んや諸商人世帯氣質三、<sup>(12)</sup>形見を見て頭をかけた書置の目録の段に、『六人の手代どもへ五十兩づゝ譲申都合三百兩の金は、五年以前に預ケ置候多田屋新五衛門と云ふ金山師の三百兩の手形一枚、今新五衛門近江の金山にかゝり居申候、慥にマブに取付候へども、排水あしく掘入難く、見合居申由断にて延引、金山盛次第此金を取て、五十兩づゝ配當すべし、…』と、即ち主人がその手代共に、自己に屬する三百兩の債權を、遺言を以て與へたものと見らるべき實例の、存するに於ておやである。然らば此弟子譲を以て、單獨行爲たる遺贈なりと解して差支ないかと云ふに、更に一步吟味を進める時は、此見解に憚らざるものがあるのである。それは徳川時代遺言は、普通書置又は遺狀或は讓狀などと呼ばれる遺言狀に記載し、遺言者自身判封を施して、之を町内に寄託するのが慣例であつたのであるが、<sup>(43)</sup>此慣例を以て考ふる時は單に官金證文に弟子又は仲間中などの名義で、官金債權の讓受人を書き記るす形式を以てするに過ぎなかつたらしい弟子譲を、遺言に依る債權の移轉であつたのではあるまいかと見ることに、少なからざる疑を、掛けざるを得なくなるからである。とは云ふものゝ、官金證文或は弟子譲證文などの實例を知らず、その他本問題を解決すべ



き關係史料を、全然持合せない現在に於ては、到底その斷定的見解に到達することは不可能であるが、上の如き觀察よりして、先づ弟子讓は遺贈にあらすして、双方行爲である所の贈與の性質を帯びるものと解するならば、その本質に近いものがあるのではあるまいか。既に中田博士の論證せらるゝが如く、我王朝時代末より中世の半ば迄行はれた、羅馬法系の死因贈與(*Donatio mortis causa*)或に日耳曼法系の死後贈與(*Donatio post obitum*)に似たる死後讓與なるものは、徳川時代に至つても京都附近に於て、死後讓の名を以て存續して居たものであり、而して之は讓與者の死亡を條件とした贈與契約であること明らかであるが、若し果して前記の如く弟子讓を、贈與契約なりとなす見解にしてその當を得たものとすれば、一應は遺贈にあらざるかと云ふ疑問を起し得る様に、讓渡人たる師匠の死亡を條件とするものゝ如く見える、弟子讓或は又同性質の仲間への讓渡は、我王朝未來の死後讓與の流れを汲む、一場合ではあるまいか。

その二の疑問は、前記天明八年度の、債權讓渡は親子兄弟間に於て行はれた場合にのみ、訴權を發生するものとする制度は、或は相續法上の債權移轉だけが訴權を發生し、財産法上の讓渡に對しては、裁判上保護を與へないと云ふ原則を樹立したものと、考へられはしまいかと云ふことである。しかし徳川時代に於ける相續の當事者は必ずしも親子兄弟に限つたものでなく、或はその他の選定相續人もあり得たのであり、且つ又相續の目的中には<sup>(45)</sup>

債權も入つて居たのである所などからして、天明八年度の制規は、尙ほ財産法上の債權讓渡だけに關して、發布されたものであると斷定し得るのである。<sup>(46)</sup>

(41) 中田博士藏公裁録上訴狀糾方の部。

(42) 元文元年の作である、帝國文庫續氣質全集。

(43) 前掲増訂徳川時代の文學に見えたる私法遺言の條、中田博士法制史論集第一卷六〇五頁以下。

(44) 中田博士法制史論集第一卷一八五頁以下六一二頁以下。

(45) 全上五三五頁。

(46) 中田博士法制史論集第一卷一九五頁に依つて、既に我中世債權相續制の萌芽が発生するに至つたことを知り得る

が、徳川時代に於ては明らかに債權が相續の目的となつて居る。中田博士前掲論集六〇八頁所出讓狀文案（遺言狀）の中前段のものに、『一我等跡式之内、……金子何百兩其外商賣取引貸付金一式帳面之通者、惣領誰江讓置申候處實正也、……』、次段のものに、『一我等跡式之儀、……大算用帳面金高何千何百兩銀何百貫目、並商賣方物相添、惣領何之助へ讓與申所實正也、……』とあるは、當時の債權相續の慣例を示すものであるが、法律上も目安秘書三金銀出入之事の部度掛之訴訟人下手人御仕置ニ成候跡の條に、『甲斐守懸一神田久右衛門町壹丁目藏地勘兵衛店平十郎より佐竹次郎并野州高輪村利兵衛外大勢江相懸候貸金度掛公事有之候處右訴訟人平十郎下手人御

仕置相成候間取斗方評義是ハ下人御仕置ハ欠所附不申平十郎跡株之ものより別段可相願ハ格別之旨申渡先達而渡し置候押切書付日限手形與も取上候積右之通天明六年四月廿一日評決』（跡株のものは尙ほ跡式のものであり相續人であるが、之等に就ては前掲増訂徳川時代の文學に見えたる私法相續の條參照）とあり、日本財政經濟史料第六卷八八頁天保十三年壬寅四月五日の條下に、『一、貸主死失いたし候はゞ、早速相續人名義に書替可申處、無其儀捨置候は等閑之儀に候故、後年に至紛數儀出來候、以來は貸主代替之節に時日を不移、直ニ證文名宛繼書いたし相改可申候、……』とあるが如くである。尙ほ参考のために、明治初年の法源にも債權の相續は見られることを附記して置く、即ち民事要録甲編四四五頁同（明治）六年七月二日指令同年六月九日新潟縣伺。債權相續の詳細は、別個の研究に譲らねばならぬ。

扱て以下に、徳川時代財産法上の債權移轉を目的とする行爲は、法律上如何なる性質のものであつたかと云ふ問題の、究明を試みるのであるが、上來詳述した如く、當時債權の移轉は、遺言を以てなされる場合もあり、双方行爲を以てすることもあつたのである。しかし此遺言は勿論單獨行爲であること、疑のない所であるが故に、その法律上の性質極めて明瞭で、之以上特別の考究を必要としないものである（第二項一）末段參照）。それ故に、以下には債權移轉の最も普通の方法であつたと云ふことの出来る、双方行爲に依る場合、即ち證文讓の性質に就

てのみ、考察することになるが、今日の契約上の債權移轉たる債權讓渡と對比しつゝ、その本質を窺つて見よう。

債權の内容の同一性を害することなく、單に債權者の交替を來すに止まる、新舊兩債權者間の契約なりと云ふ今日の債權讓渡の本質に對し、證文讓なる法律關係の本質は、如何なるものであつたかを最先に吟味して見ることにする。先づ天保七年丙申七月廿七日町奉行へ差出候處、同廿三日御附札に、『書面貸金銀讓之儀、親兄弟之外は讓受候とも容易に難取上筋に有之、尤讓受候儀借申者不存候とも、親兄弟之分事實讓受候に無相違上は、取上に可相成儀と存候、以上』とありて、少くとも讓受債權の出訴條件としては、その貸金銀讓即ち證文讓が、『借申者』即ち債務者の關與の下に成立することを、必要とせられなかつたものであるのを知るのである。尙ほ『：

證文帳面等讓受及出訴候分ハ右讓人者勿論在方ニ候得ハ村役人も呼出再應相糺怪敷筋不相聞讓受候後及催促候而も不相濟段無相違相見讓證文等儲ニ候分在方者一座裏判を以相手方呼出吟味之上定例之濟方申付…』<sup>(48)</sup>る、即ち讓受債權の裁判に當り、讓渡人の出頭は求めるが、債務者の出頭は必ずしも之を必要としなかつたものゝ如く見える、手續規定が存在するが、之は右『借申者不存候とも』、讓渡債權の出訴條件を欠くものにあらずと云ふ、原則に出でたものであると云ふことが出來よう。こゝに述べた通り債務者の關與の下に成立した債權讓渡であると云ふことは、讓渡債權の出訴條件として、何等要請さるゝ所でなかつたことは充分明白であるが、同様に實體



法上にては債務者の不關與が、詳言すれば讓渡契約當事者の一員として參加しないことが、債權讓渡の成立に何等影響を及ぼすものでなかつたかどうかの點に就ては、之を判定すべき積極的な法律的資料を見出し得ない。しかし乍ら、右に掲げた『借申者不存候とも、云々』の文を精讀味讀する時、債務者の關與と云ふことは、出訴條件として要請されざるばかりでなく、讓渡契約の成立要件としても、當然必要とされなかつたものと解して大過なきものゝ如く思はれるのである。之を一般慣例に徴するも、證文讓は新舊兩債權者間の契約であつたのである。即ち商事慣例類集<sup>(40)</sup>第一篇第四章一五三頁乃至一五七頁及び第二篇下卷第四章五三九頁乃至五四九頁の記載に依れば、必ずしも全國に亘つては無いが、多くの地方に債權讓渡の慣例が、存在したこと明らかであり、而もその讓渡契約締結に、債務者の參加せし例は、一も見當らないのである。のみならず、當時債權讓渡は最も普通にその債權を表示する證書の移轉を伴ふ慣例であるが、その證書移轉に際し、該債權證書移轉の旨を記載せる讓證文を別に添へて交付するか、或は債權證書に移轉の旨を添書し、<sup>(50)</sup>又時には裏書をなすの慣習が行はれ、而して此讓證文の作成交付或は添書裏書なる行爲たるや、單に債權證書そのものゝ移轉のみを意味するに止まらず、事實上此種行爲は、債權の讓渡行爲そのものを表示し且つ意味するのであつたと、解せらるゝのであるが、少くともその讓證文及び添書面には、債務者名の記載がなかつたものと推定し得らるゝ、次段掲出の如き文案が見られ

る以上は、債務者が證文讓に於て、契約當事者として參加しないのが、當時の一般慣例であつたことを、充分明瞭に了解し得られるであらう。讓證文案文は、商事慣例類集第一篇第四章一五四頁大阪の答申の條に、『一此度貴殿方にて、金何兩（或は銀何百目）借用致し候處、拂方差支候に付、我等より何町何の誰に因り貸付候（或は預けたる）金銀何程の借用證文（或は預り證文）何通讓渡候間、御勝手に御取立可被成候爲後日讓り證文仍て如件』、添書に就ては、全上第二篇下卷第四章五四二頁千葉縣安房郡平郡朝夷郡長狹郡の答申の條に、『…買主たる權利を行はしむる類…只別紙買受證書に記載せる何品若干何某に取り引せしむるに付御渡可被下等の數語を添書し、印章店用印を用ゆるのみを押捺するのみ…』とあるが如きものである。尙ほ此點に就て、本稿緒言末段に引用した阿波藩の實例に、『…此方（債務者）へ不及案内如何様共了簡可有之候』との契約をなせる事實參照。之を要するに、徳川時代の證文讓は、現行の債權讓渡と同様に、新舊兩債權者間の契約であつたと理解して、誤りなきものと云ふことが出來よう。

又債權の内容は過半債務者に依つて定まるのであるが、證文讓に於て債務者の關與を必要としないことは、換言すれば證文讓に依つて債務者の變更を來すと云ふことはなく、依然として舊の如くなるは、證文讓がその本質上、債權の内容の同一性を害するものでなかつたことを、充分に表示して居るものと云ひ得よう。前記債權證書

の移轉の慣例を以て考ふる時、證文讓が内容の同一性を害することなき、債權の移轉であつたこと更に明白であらう。

證文讓が債權そのものゝ移轉であつて、舊債權の消滅新債權の發生でないこと云ふ觀念は、證文讓。弟子讓。貸金銀讓などの語法からしても、當時既に意識的に把握されて居たものであると、想像し得ると思ふが、先に掲げた如く、『大坂支配國之もの親之貸銀を借方相對ニ而書替銀主ニ成候後分家ニ而江戸表江出人別入いたし候上右貸銀出入願出證文讓受候類與ハ譯違候故を以取上』<sup>(5)</sup>と、即ち債務者と合意の上(『借方相對ニ而』)、契約を改締(『書替』)して債權者(『銀主』)になる場合と、證文讓とはその性質を異にする(『譯違候』)とある如く、當時の法理上も明らかに、債權者の交替に依る更改と、債權讓渡とが辨別されて居ることは、右の想像の當れることを證明して、餘りあるものであらう。蓋し債權者の交替に依る更改と債權讓渡とは、元來その法律上の性質を異にするものであるとは云へ、債權者の交替なる目的を達する手段と云ふ側から見るとは、兩者全く同一であり、又原則として債權の讓渡を認めなかつた羅馬法の如きにあつては、債權讓渡の目的を達するのに、債權者の交替に依る更改(Noatio)を以てした位、此兩者の目的とする所、及びその事實上の効果は全く同様であつて、得て混同され易き傾きを有するものであるのに、徳川時代此二概念を、判然と區別し對立せしめて居たことは、當時債權

譲渡なる概念が、如何に明確に把握されて居たかを物語つて、餘りあるものと考へられるからである。

尙ほ債權譲渡は、債權移轉の義務を成立せしめる契約でなく、直接に移轉を目的とするものであつて、恰も物權移轉そのものを内容とする物權契約に似て居るので、今日の法學上或は一に之を準物權契約と云ふのであるが、徳川時代債權譲渡を稱して證文讓となしたことは、極めて原始的な表現ではあらうが、證文の譲渡即ち一の物權移轉を思はせる語法であつて、自ら證文讓の此方面の本質を、極めて直截簡明に表現して居るものと云ひ得よう。

現行法上指名債權の譲渡は、その第三者への對抗要件として、譲渡ありたる事實を債務者に通知するか、又は債務者の承諾あるを必要とせられるのであるが、商事慣例類集の記載に従へば、徳川時代の證文讓に關しても、報知又は承諾なる行爲が存在したことを知るのである。即ち『物品借用證書・買受證書・預り證書等を他人に移轉することあり、此場合に於ては先の債主より某へ譲りたる旨を先方へ報知するに止まるの習慣なり……』なる岐阜縣安八郡の慣例、及び同縣大垣の同一慣例は、現行法上の通知に該當するものとなし得よう。承諾に就ては、堺の慣例『……古今負債主の承諾により、他人に債主權を移す事あり……』、『……唯負債主の承諾を得、其書面を添へ債主權を移すが如きは、或は之あり、……』なる宮城の慣例、債權譲渡の慣行あるやなる諮問に對する、



『債主權を他人へ移轉するは便利なれども、原負債主の承諾印あらざれば裁判上に於て無効なる故に之をなさず、……』なる東京府米穀問屋の答申、<sup>(58)</sup>『借用證書の移轉は負債主承諾せざれば其效なし、……』なる東京麴町區の答申<sup>(59)</sup>『證書等に裏書を爲し債主權を他人に移轉するの慣行あるを聞かず、若し行はんと欲するときは負債主承諾の添書を付す、……』なる愛知縣知多郡の慣行、<sup>(60)</sup>『證書に裏書を爲し債主權を他人に移すの例なしと雖ども、負債主の承諾を得て其權を他人に移すことあり、……』なる岐阜縣武儀郡の慣例、<sup>(61)</sup>『他人より差入たる證書へ裏書をなす事なし、若し然るときは負債主より承諾の證書を相添へ他人へ移轉する事有り』なる岐阜縣可兒郡御嵩村の慣例<sup>(62)</sup>などを以て見る時、尤も之等諸文を法律的に讀むことには少なからざる危險が豫想せられるが、その普通の意味に通讀する時、當時の證文讓に關して行はれた承諾は、讓渡契約成立の要件としての、債務者の意思表示であつたものゝ如くで、現時の承諾とその性質を異にするものであるらしい。只一例前記東京府米穀問屋の答申は、債務者の承諾なき場合は、實際法上の讓渡契約は有效であるが、裁判上はその讓受けた權利の實現をなし難いの意味にも、解せられるかと思ふが、果して然りとすれば現行法上の承諾が、第三者への對抗要件たるに止まるのと、相似たるものがあると云へよう。しかし乍ら當時の此種の承諾の慣行は、いづれにせよ少くとも幕府法上は尙ほ單なる慣習に止まり、法律的意義を有するものでなく、法律上は前記の如く『借申者不存候とも』有效で、

承諾の有無は問ふ所でなかつたのである。尤も此原則に對し、前記東京府米穀問屋の答申は、「裁判上云々」の辭句よりして、幕府法上全く別個の原則が存在したことを、示すものとも云ひ得るであらうが、此記述は元來法律的なものでないが故に、今は右の如く在來の規定が、幕府法の根本原則なりと、なして置かねばならぬ。

(47) 日本財政經濟史料第六卷八八八頁。

(48) 註(6)所引天明八年の書付。開傳叢書(日本經濟大典二五卷)卷十、七七四頁所收他より賣掛帳面證文等讓請濟方願出候節之事に、『是は内々は金子を出し買請候金公事にて、表向貸金の代り賣掛け帳面、或は證文讓請候由申立、濟方願出候砌は、前々より讓渡し候もの被ニ召出、若當人不快にて候はゞ、名代を以御糺し被レ成、申口符合致し候得ば差紙出候得ゞも、近頃は御取計方改候儀と相聞、天明元丑年頃上州吾妻郡中條町清左衛門より、申山道深谷宿のもの賣掛帳面を讓請、御奉行所へ濟方願出候砌、清左衛門御呼出候處、病氣の由にて不ニ罷出候に付、當人快氣の上可ニ相願旨被ニ仰渡、訴狀被レ成ニ御返候、然上は御代官の取計も右に准可レ然事』とある參照。

(49) 日本經濟大典第四九卷五〇卷所收本、以下全て同一本に依る。

(50) 商事慣例類集第一篇第四章一五四頁大阪の答申、全上第二篇下卷第四章五四三頁神奈川縣橋樹郡の答申、註(48)所引の條。

(51) 商事慣例類集第一篇第四章一五五頁兵庫の答申、全上一五六頁高松の答申、全上第二篇下卷第四章五四二頁千葉

縣安房郡平郡朝夷郡長狹郡の答申、全上五四五頁靜岡縣の答申、全上五四六頁岐阜縣厚見郡各務郡方縣郡大野郡池田郡の答申、全上五四八頁全上武儀郡上有知村の答申、全上五四一頁東京下谷區の答申。

(52) 全上書第二篇下卷第四章五四〇頁東京府麹町區京橋區注原郡の答申、全上五四三頁神奈川縣北多摩郡及び勸業

課の答申、全上五四五頁愛知縣丹羽郡葉栗郡の答申、全上五四六頁靜岡縣賀茂郡那賀郡の答申。尙ほ公私文書式を列記せる見馴艸なる古寫本に『乍恐御訴訟何々出入……願人何兵衛……但證文ニ者何兵衛ニ在之候共同人取代銀として訴訟在之候所返濟銀之内讓取候ニ付私ガ奉願上候 但證文ニ者何ミ在之候へ共同人質子私へ養子貰請候ニ付右養育料被讓候ニ付乍恐私ガ奉願上候』とある所から見ても、讓渡證文面の債權者名義變更は、何等法律上必要とせらるゝ所でなかつたのである。

目安秘書四註(7)所引の條次段。

(53) 商事慣例類集第二篇下卷第四章五四六頁。

全上五四七頁。

(54) 全上第一篇第四章一五六頁。

全上一五七頁。

(55) 全上第二篇下卷第四章五三九頁。

(56) 全上五四〇頁、又五四一頁神田區の答申全じ。

(60) 全上五四五頁。

(61) 全上五四六頁。

(62) 全上五四八頁。

以上縷述せる所を一言以て之を蓋へば、徳川時代に於ては、法律行爲に依る債權の移轉なる行爲が、法律上何等の拘束なく公認され、即ち債權移轉自由の原則が行はれ、就中當時の債權讓渡たるや、現行債權讓渡と殆んどその法律的性質を、等しうするものであつたのである。

然るに明治九年、消費貸借上の債權の讓渡が禁止せられるに至つて、徳川時代來の債權讓渡自由の原則が、破られることになつたのである。明治九年七月日太政官布告第九十九號<sup>(63)</sup>「金穀等借用證書ヲ其貸主ヨリ他人ニ讓渡ス時ハ其借主ニ證書ヲ書換ヘシムヘシ若シ之ヲ書換ヘシメサルニ於テハ貸主ノ讓渡證書有之トモ仍ホ讓渡ノ效ナキモノトス此旨布告候事但相續人へ讓渡候ハ此限ニアラス」とあるもの是である。而して此布告の内容の解釋に就ては同治<sup>(64)</sup>九年月日不詳熊本縣伺に、「金穀等借用證書ヲ其貸主ヨリ他人ニ讓渡ス時ハ其借主ニ證書ヲ書換ヘシムヘシ若シ之ヲ書換ヘシメサルニ於テハ貸主ノ讓渡證書有之モ仍ホ讓渡ノ效ナキ旨本年九拾九號<sup>(65)</sup>太政官布告ヲ以公布有之

右ハ金穀等借用ニ限り其他ノ物品借用證書並ニ金穀及物品預ケ證書ヲ他人ニ讓渡ス節ハ證書改正ニ及ハサル儀ニ有之然ルニ物品借用並ニ金穀及物品預ケ證書ヲ他人ニ讓渡スルモ其權衡均シカルヘキニ一ハ改正シ餘ハ改正ニ及ハサルハ如何ノ御趣意ニ可有之哉疑惑致シ候條此段相伺候也指令<sup>九年十月六日</sup>借用證書ト純粹ノ預リ證書<sup>明治七年第廿七號</sup>預告ニ依ル者ハ自カラ其ノ性質ヲ異ニスルモノナレハ素ヨリ同視スヘカラス且ツ該公布中既ニ等ノ文字アレハ物品ノ借用證書ハ其中ニ含蓄シタル義ト相心得可シ但明治七年第二拾七號布告ニ因リ貸金同様ノ處分ニ歸ス可キ預リ證書ノ分ハ書換ヲナス可キ事』と、即ち本布告は金穀物品の借用證書の財産法上の移轉、換言すれば消費貸借上の債權の讓渡を禁止する、而して此種の法律上の目的の達成は、只債權者の交替に依る更改を以てするの外、之を許さずとするものである。こゝに云ふ金穀物品の借用とは、消費貸借のみを意味するに止まるか、或は使用貸借をも包含するものであるかは、少し疑問の存する所であるが、右規定の立法理由などを憶測して、全體より之を考へる時、消費貸借だけを意味する様に解せられるので、今姑く此見解に従つた譯である。尙ほ此明治九年の布告が、債權讓渡自由の原則を破る新しい制度の樹立であつたことは、前掲熊本縣伺文中の『改正』の文字に就て見るも、充分明瞭であるのである。

(63) 法令全書(明治九年度)七三頁。

第二項 法律上及び裁判上の移轉

一 法律上當然に債權の移轉する典型的な類例は、相續法上の移轉に就て之を見るのであるが、財産法上のものとしては、大體次の如きものが存するのである。

(一) 先づ第一に債權質流しの場合、之を見ることが出来るのである。中田博士の研究に依れば、當時手附證文を質入するの慣習が存し、若し質流しになつた場合は、その手附證文取得者は、手附交附者の權利を承繼するものであつたのであるが、<sup>(65)</sup>此場合權利は、債權移轉を直接の目的とする法律行為に依つて移轉するものでなく、質入契約の効果として、債權移轉と云ふ結果が発生するのであつて、此種の債權移轉を以て、尙ほ法律行為に依る移轉なりと解することは不當であらう。さればと云つて、此の如き債權移轉は、裁判上の移轉でもない、故に之を以てこゝに法律上の債權移轉の一つとして擧げた譯である。債權を擔保に供する例は、手附證文質入の場合のみに限らない。即ち商事慣例類集の記載する所、『借用證書・買受證書等を有する者其證書に裏書を爲し、己れ

の債主權を他人に移轉することありや、」なる諮問に對する、東京府酒問屋の答申「無し、但證文を引當となす  
はあり、……」<sup>(66)</sup>、岐阜縣山縣郡高富村の答申「兩證に裏書をせずして多くは別紙添書に云々詳細記載し抵當とす  
る者なり」<sup>(67)</sup>、全縣加茂郡細目村の答申「決て裏書を爲す等の事なし、借用證書等を假りに預け、金作等をする事  
ありと雖ども、債主權を他人に移轉する等の事なし」<sup>(68)</sup>など參看。尙ほ徳川時代不動産書入なる擔保方法の一種と  
して、不動産に關する證書を債權者に交附する方法、即ち前段の一例同様所謂證文引當なることが行はれたが、  
その中に實地證文の引當なる擔保方法が存在したのである。<sup>(69)</sup>更に大阪市史第五、五五四頁に、次の如き證文引當  
證書文案が掲載されて居ることに依り、家實證文引當なるものを知り得る。

引當證文之事

合銀何拾貫目

右之銀無據入用に付致借用、隨受取申處實正也、返濟之義者來何月限、元銀壹貫目に付何宛宛利銀相添、元利  
無相違可致皆濟候、右爲引當

年號何月日貸附

一銀何拾貫目也

何屋何某掛屋敷家質證文壹通

右之通引當に相渡置候上者萬一返銀相滯候はゞ、右證文無異議相渡可申候、御勝手に御取立可被成候、爲後日引當證文仍而如件

年號月日

何屋誰

何屋誰殿

前書家質證文引當に御差入候段承知候、仍而印形如件、

質主

何屋誰

之等は前記の手附證文質入或はその他の債權證書を擔保に供する場合同様、債權を以て擔保の用に立てたもので、全く同一の目的に出でた制度であると云へる。尤も書入或は引當なるものは、當時の擔保法上質入と異なり、その擔保の實現は法律上何等強制さるゝ所がなく、法律上の效果に於て、兩者の間正に格段の相違が存するのである。されば此種證文引當に依つて、引當證文上の債權が移轉すると云ふことは、引當人に於て自ら進んで該證文を相手方に交附せざる限り、あり得ないのであるが故に、法律上の實效を伴ふ證文質入と並べて、こゝに此種證文の引當制を記述することは、その所を得ないものがあるかも知れないのである。又前段商事慣例類集擧ぐ



る所の、債權證書引當その他の場合に就ても、同様のことが云へるであらう。しかし只之等が、手附證文質入と同一思想に出でた制度であるとなすことは、先づ以て誤りないものと思はれ、又その法律上の實效はともあれ、形式上は同一型體を備ふるものであつたと云ふことから、敢へてこゝに参考として附記した譯である。

されば以下に於て、嚴正な法律的觀點から、債權證書の引當なる法律關係の本質を窺つて見ると、此種證文の引當が、實際に債權擔保の實を擧げて、引當債權證書が債權者に交附され、彼がその證書面の債權を自ら實行し得るや否やは、只引當人の自由なる意思に依つて決せられる所で、その引當證書を交附するとせざるとは、全く引當人の自由であつたと云ふ法律關係であるが故に、引當に依つて生ずる債權の移轉は、法律上の移轉ではなく、引當人の意思表示に依つてのみ生ずる移轉即ち單獨行爲に依る債權移轉か、或は双方行爲に依る移轉か、いづれにせよ法律行爲に基づく債權の移轉であると、解せられる様に思ふのである。

(65) 前掲徳川時代の文學に見えたる私法手附の條。

(66) 第二篇下卷第四章五三九頁、引當は次段參照。

(67) 全上五四八頁。

(68) 全上。

(69) 前掲徳川時代ノ不動産擔保法四二頁以下。尙ほ前段家實に就ては、同上論文及び前掲徳川時代の文學に見えたる

私法家實の條參照。

(70) 全上三七頁以下。

(二) 商事慣例類集第三篇下卷第五章一〇五二頁『第二條代理人本人の爲めに爲す取引に付ては其相手方に對する權利義務は代理人本人の内孰れか直接に之を有するや』なる諮問に對し、『本人より委託を受し以上は代理人に之を有す』なる東京府己卯組紙問屋の答申があるが、之は當時の間接代理の法律關係を示すものである。次いで更に全上一〇八七頁『第五條代理の委任は本人又は代理人の死亡に因て自ら終るものなりや』なる諮問に答へて、同じく己卯組紙問屋は『本人死じすれば遺族を以負擔爲致候事、代理人死亡すれば本人其事を負擔す』となして居るが、以上二個の諮問と答申を總合して考察すると、こゝに又法律上の債權移轉の一例を、見ることが出来ると思はれる。蓋しそれは、右に云ふ代理人本人間の法律關係は間接代理と見るべきもので、代理人なるものと第三者との間の債權關係に於ける、債權者は代理人であるが、若し代理人の死亡に依りて、本人『其事を負擔す』、即ち本人が契約當事者として代理人に代るの制度であつたとすは、代理人の死亡に依り法律上當然に、その債

權が本人に移轉すの謂であると、解し得らるゝと思ふが故である。尙ほ全上書一〇五四頁所出の、前掲全上一〇五二頁第二條の諮問に對する答申、『正當の代理人を以て爲したる取引に付ての權利義務は代理を解くの手續を爲さざる間は代理人に屬す<sup>四谷區</sup>牛込區』並びに前掲全上一〇八七頁第五條に對する全上一〇八八頁所出の答申、『代理人又は本人死亡すと雖ども代理人に於て既に爲したる契約は本人又は相續人之を履行せざるを得ず』<sup>四谷區</sup>牛込區 參照。

(三) 徳川時代先づ原則として、強力な支配權を有する所謂永小作、及び永小作に准ぜられた永年季の名田小作（名田小作とは質地小作に對照せる名目で、土地所有者が自ら貸貸する場合を云ふ、永小作又名田小作の一つ）は、物權であつたと解すべきであるが、然る時は此種小作は物權たるの故を以て、當然第三者に對抗し得たのである。故に永小作權永年季名田小作權を設定せる土地の所有者が變更した場合に於ても、此種小作權は當然存続するのであるが、此際小作料債權は、又新たな契約を俟たず當然に、當該土地の新所有者に、舊所有者より移轉するものであつたのではあるまいか。

尙ほ無年季或は短期の名田小作は、概して第三者に對抗し得ざるもので、債權の性質を有するものであるが、地方に依つては物權の性質を有するものも存在したのであり、更に又民事要録丁編九〇七頁同治<sup>(62)</sup>十年五月十八日地理局長ヨリ照會に、『地所ヲ他人ニ貸シ敷金ヲ預リ置<sup>(滿期ニ至リ返)</sup>還スヘキ約<sup>(63)</sup>』モノ其期限中事故アリテ其地法律上ニテ

糶賣トナル其敷金（舊地主ヨリ返辨スルトカ又ハ土地ノ所有者ニ附帶繼續スルトカ借主ト別段ノ契約アルハ論ヲ俟タスト雖是等ノ契約アラサルトキ）ハ舊地主ノ一身ニ止リ候哉又ハ土地ニ附帶セル義務トナリテ新地主ニ及ヒ可申哉右人權物權ノ區別御省御處分上一定ノ例規モ有之候ハ、承知致シ度此段及御問合候也；民法課長ヨリ回答十年五月二十八日地所敷金云云ノ儀ニ付御照會ノ趣詳細了承然ルニ該件ハ固ヨリ成文ノ法律之レナキ上ハ裁判上一定ノ例規ト申スハ無之儀ト存候得共其事理ヲ推究スルニ地所借受ノ敷金ハ別段ノ物約アルヲ除クノ外該地所ニ附從シテ新地主ニ移リ候事當然ト思考仕候何トナレハ地所ハ糶賣トナルト雖地所貸借ノ契約ハ之カ爲メニ破滅スルノ道理ナク該地所ニ附從シタル貸主ノ義務ハ當然新地主ノ負擔スヘキ者ナレハナリ然ル時ハ右敷金ハ地所貸借ノ満期ニ至リ新地主ヨリ借主ニ返還スヘキ儀ト存候此段及御回答候也；』と、即ち少くとも明治初年代には、普通の短期の借地權を以て、物權たる性質を有するものとする法律概念があつた事實から、又民法施行前後迄我一般慣行の借地權に就ては、物權たる性質を有するか、或は債權たる性質を有するか、その區別極めて不明瞭なものが多かつたために、明治三十三年三月二十七日法律第七十二號を以て、『第一條本法施行前他人ノ土地ニ於テ工作物又ハ竹木ヲ所有スル爲其ノ土地ヲ使用スル者ハ地上權者ト推定ス』と規定し、一應物權なりとの推定をなすに至つた。抑々之は當時の借地權が物權たる要素を、より多分に包含して居たと云ふ事實を物語るのであるが、此の如き事情から逆推して、徳川時代にも物權たる此種の借地權が、存

在したものと推定し得らるゝと思ふのである。果して然りとすれば、物權關係たる此種土地貸借上の賃貸料債權は、之又新規の契約に依らず、法律上當然に當該土地の新所有者に、移轉するものと解し得られはしまいか。

(71) 中田博士徳川時代の物權法雜考法學協會雜誌四七卷五號一二頁以下。尙ほ全國民事慣例類集三五八頁『屋敷地ナ

貸シ地代ヲ得ルニ一季水入證書ヲ取置キ地代ハ年々取立右一季證文ヲ以テ永代貸與へ毎年證書ヲ改メス。且證書

上永代貸與フルノ明文ナシト雖モ其實ハ永小作ニテ地主ニ轉換アレトモ借主ノ權ハ變換セサル事ナリ越後國蒲原

郡』と、嚴正な意味の小作でなく、物權的屋敷地永代賃借權の存在したらしい例證參照。

(72) 全國民事慣例類集三五八頁越後國蒲原郡の慣例。

(73) 前掲徳川時代の物權法雜考全上。尙ほ全國民事慣例類集三五八頁越後國蒲原郡魚沼郡の慣例等參照、本邦小作慣

行六四、二六四、六八各頁。

(四) 『質取主ハ質置主ノ承諾ヲ得ルニ非ザレバ轉質(又質)ヲ爲スコトヲ得ズ質置主ガ承諾ヲ與ヘタル場合ニハ

自己ガ負フ所ノ債務ノ價額内ニ於テハ第二質權者ノ直接ノ質入債務者トナルニ至ルモノトス』<sup>(74)</sup>る當時の轉質關係に就て見るに、こゝに又少くとも債權の法律上の移轉に准すべき關係が、伴ふものと考へられるのである。

先づ當時の轉質は、質置主をして轉質權者の債務者たらしむる効果を、有するものなることが、前記に依つて明

らかである。次に然らば此轉質關係の效果として、質置主の轉質權者に負ふ債務、別に云ふならば轉質權者の質置主に對する債權は、如何なる法律事實に原因するものであるかと云ふことになるが、差當り第一に、質取主の質置主に對する債權が、轉質契約に依り轉質權者に移轉するのであると、推考され得よう。然るに前掲徳川時代ノ不動産擔保法二〇頁註<sup>25)</sup>に引く通り、御定書の規定に、『又質之節増金借受候云々』とある如く、超過轉質も許されたものであるが故に、質取主の債權と轉質權者のそれとは、必ずしも常に同一内容とは限らないのである。然る時は右の如き法律關係を以て、債權の移轉なりとは、斷定し得なくなるのである。寧ろ之は、轉質權者のために、特に法律が創設した債權であつて、質取主の質置主に對する債權とは全く無關係のものであり、質取主の債權が轉質權者に移轉したのではないと、見るのが適當の様に考へられるのである。しかし乍ら少くとも、轉質權者に對し質置主が債務の辨濟を行つた場合には、よし質取主が轉質權者と相並んで、質置主の債權者であつたにしても、その辨濟完了の瞬間に、質取主の債權は當然に消滅するものと見られるが故に、その法律上の根據はいづれにせよ、實際に於ては尙ほ、質取主の質置主に對する債權が、轉質權者に移轉するのと同様の結果になるのである。轉質に於ける此の如き關係は、法律上の債權移轉に准ずるものと、解すべきではあるまいか。

(74) 前掲徳川時代ノ不動産擔保法二〇頁。

二 裁判上の債權移轉として擧ぐべきは、身代限（身體限）處分に依る債權の移轉である。元來身代限は對財産強制執行であるが、此執行の目的とする財産中に、被執行者たる債務者に屬する債權も算入され、夫々債權者に交附されたかどうかと云ふに、當時の執行の目的は『田畑屋敷家藏家財』であり、又少くとも大坂地方にては文字通りの總財産であつたことが明らかであるに止まり、<sup>(75)</sup> 此家財或は總財産なるものの中には、債權も入るものであつたか否かの決定をなすに足る様な、適確な史料を見出し得ないために、今遽かに債權又強制執行の目的であつたとは、斷定し得ないのであるが、一應の肯定的推量をなし得るかと思はれる筋があるのである。蓋しそれは、對財産強制執行を呼ぶに、尙ほ未だ身體限の名稱を以てした明治初年の法源に、債權を以て強制執行の目的となせる事例を、見出し得るが故である。同<sup>治</sup>○<sup>明</sup>五年壬申十一月廿七日本省第四十號達『身體限申付請候者ヨリ餘人へ貸附置候證文有之節左之通可心得候事身體限申付候物件ノ内負債者ヨリ餘人へ貸付置候金穀ノ證文有之ハ其證文ノ本人へ眞偽ヲ尋ネ於無相違ハ則本人ヨリ證文面ノ通り可受取旨債主へ（原文ハさあるは恐らく誤記）申渡シ別紙雛形ニ倣ヒ證文ノ裏へ裁判所ニ於テ其旨趣ヲ記シ可相渡事……』<sup>(76)</sup>とあるが如くである。

尙ほ徳川時代分散に依つて債權が移轉するのであるが、此分散なるものは、競合せる多數債權を満足せしむること不可能なる債務者が、各債權者の同意を得て、自己の總財産（債權も）を彼等に委附する制度で、裁判外に於

ける債務者と債権者との協約に依つて、成立するものであるが故に、分散に依る債権移轉は、尙ほ契約上の移轉(77)であつたのである。しかし契約上の移轉の性質であるとは云ふものゝ、分散の協約てふ包括的な契約の結果として移轉するものであつて、個別的な譲渡契約に依る場合とは、少しくその型態を異にすると云ふことが出来るのである。さればと云つて、之を以て法律上の債権移轉の一例とすることも、前記の如く包括的な協約の結果とは云へ、尙ほ且つ該協約は債権移轉を、その目的の一つとして居ることは云ふまでもないが故に、その當を得た見解となすことは出来ない。強ひて云ふならば、之を以て債権の契約上の移轉と、法律上の移轉との中間に位するものとなし得ようか。それは兎も角分散と身代限とは、元來その法律上の本質を異にするものゝ、その外形並びに手續の類似から、當時にあつても往々にして混同されたのであるが、それは一面兩者が共に債権の内容の實現を目的とする制度であると云ふ、實質上の共通性に起因するものではなかつたらうかと思ふのである。若し此種の共通性の側からのみ觀察する時は、分散と身代限とは同種の制度であつたと云ふことが出来ると思ふ。そこで分散の目的の中に、前記の如く債権が算入されたとしたならば、身代限處分の目的の中にも同様に、債権が含まれて居たのではあるまいかとの推量を、なし得られはしまいか。こゝに分散に關する説述を試みたのは、此の如き推量が許さるゝとするならば、前段身代限に就て試みた推定を裏付けるに、幾分役立ちませぬかと考へたためであ



る。

(75) 前掲拙稿國家學會雜誌四三卷九號第二執行手續二。

(76) 民事要録甲編一〇一三頁、尙ほ全上一〇二六頁七年二三號達參照。

(77) 前掲増訂徳川時代の文學に見えたる私法分散の條、尙ほ大坂方の諸事取扱振りを記録せる御仕置雜例抜書なる書

の身體倒の部分散之覺中の割符之覺なる條下に、『一倒人掛銀ハ町人取ニ廻りて雜用銀負せ方ハ出之候一倒人諸道具借藏ニ預置候藏數貸銀ハ負せ方ハ出之』と見える、即ち貸銀債權及び寄託物返還請求權が、分散の目的とな

つたものであることを知り得る。倒人が分散債務者なること、負せ方が債權者なることは、本註前段所引に依つて明らかであるが、就中負せ方に就ては、法律上でも諸御吟味落着書留(大坂方のもの)なる書の延享三寅十一月ハ同四年中の部第十一項身上限り退ケ道具一件の條に、『…道具…負せ方江不相渡其上右道具之内外江も退ケ置候段重々不埒ニ付…』とあるが如くである。

(78) 前註初めに引く所。

## 第二節 債務の移轉

徳川時代財産法上の債務移轉に關する資料の、存するもの極めて少く、當時に於ける此種制度の一斑を究める

ことすら、困難たらざるを得ない状態である。しかし今漸く搜索し得た僅少の資料を以て考察する時、當時尙ほ財産法上の債務移轉なる制度が、存在したことだけは判明するのである。(こゝに云ふ財産法上の債務移轉は、或は債務者の交替に依る更改であつたかも知れぬが、此問題を決定すべき史料を知らず、故に以下は姑く更改にあらすてふ獨斷に従ふものである。)

一 先づ第一に債務の移轉を目的とする契約、即ち債務引受に依る移轉は、當時行はれたか否かと云ふに、此點殊に關係資料の欠乏甚しきものがあるが、全國民事慣例類集二七五頁所出越後國頸城郡地方の、『負債ノ爲メ退身○失シ領外ヨリ組合並ニ親類へ負債ノ爲メ退身シタルニ付後事取計ヲ依頼スル書面ヲ送ル事アリ。此時ハ組合親類ヨリ右書面ヲ以テ債主ヘ示談申入債主ニ於テ承知スルトキハ屈ヲ爲サス。債主不承知ノトキハ初メテ退身屈ヲナス。：：』なる慣例は、當時債務引受制が存在したことを物語るものと、なし得ないだらうか。尙ほ同様の慣行は、徳川禁令考後聚第二帙四五二頁所收天保十亥年五月諸家々來ニ而借金銀有之もの國元江差遺債中金主訴出ニ付取計方相談書の條下の返答文、『御書面之通在所勝手債被仰付候ハ御答筋ニ可有之候間自分一己之借財ニ付當人呼出候ハ不相當ニ可有之候間以後吟味之不及沙汰旨申渡候方可然尤連印又ハ證人或ハ跡引受候もの有之候分ハ御懸合之通取計候方と存候』に依つても窺ひ知ることが出来るのである。扱て之等は姑く惜いて、少くとも

無盡或は頼母子に關聯して、債務受引が行はれたことだけは明らかである。

契約上の債務移轉制は、既に早く中世室町時代、少くとも頼母子に關聯して行はれたものらしいのである。即ちそれは中田博士が頼母子ノ起源なる論文に於て、頼母子の『自己ノ取足ヲ寺院ニ寄進シテ：：已ニ當籤シタル後ノ分金懸ハ寺家支辨スベキモノト』<sup>(79)</sup>契約せる享徳元年の實例と、『頼母子懸米ノ元本五石ヲ寺家ニ寄進シ：：其五石ハ毎年別ニ利殖シ其利米二石ヲ以テ懸米ニ充ツル者トシ又滿會ノ後ハ永ク：：寺社ニ施入スベシトノ主趣ニ似タ』<sup>(81)</sup>る文明十二年の實例とを示されて居るが、之等は夫々債務辨濟の負擔附の贈與契約と見て、差支なからうと考へるからである。尙ほ中世本錢返(買戻附賣買)契約に於て、『本錢返辨義務ハ特約ニヨリ賣主ニ代テ第三者之ヲ負フコトヲ得』<sup>(82)</sup>べき慣例が存するが、こは又以て參看すべきであらう。此沿革に徴する時は、或は徳川時代に於ても、一般に相當發達した債務引受制が存在したのではなからうかとの推測を、なし得らるゝ様に思ふが、現在としては他は知らず、只少くとも無盡(頼母子)に關聯して行はるゝ、債務引受制の存在を實證する史料だけは、之を求め得たのである。それは、庄屋など村吏の許に備附せられたらしい、而して登記簿の如き性質を有つたものらしい、村民の各種の契約證書の控書である所の、奥印帳なるものに收載する次の如き實例である。

差上申一札之事

字油田ニ而中丁組

一 割) 上田五畝貳拾歩

入口米貳俵三斗

字山の神ニ而同組

一 割) 下田三畝歩

入口米五俵

右は本家彦太郎儀貴寺様修造講無盡人數ニ相加申候處去ル年本圍相中リ講金貳拾兩也儘預リ申候處實正也然ル所彦太郎義其後會日之掛合相滯申候ニ付私御招被遊委細被仰渡之節承知之上御挨拶申上彦太郎方江茂承可申聞候所近年不如意之彦太郎故又、掛合相滯申候ニ付無據御上表被仰候段私共被召出候被 仰渡之趣奉畏候故右之地所私共江引請無盡中掛合差出候様ニ御座候所私共義も近年無人ニ相成出作思様ニ成かね候ニ付達而御願申上候右貳ヶ所之地面貴寺様江御頼申上此度地面相渡申候通少茂相違無御座候然上は無盡滿尾迄壹ヶ年ニ三會ツ、之講金貴寺様御掛合被下候様ニ御願申上候尤無盡滿尾ニ相成候節右之地所御歸シ被下候様被仰下候ハ、所仕合奉存候依而村役人奥印相添差上申候爲後日之表仍而如件

寛政六年寅極月

田地世話人

宮本嘉兵衛

加判

同名惣兵衛

無量院様

惣檀中方

前書之通我等持高之内貴寺様江相渡差上候所相違無御座候依之來ル卯年ノ御年貢諸役等御所持之内は貴寺様御方ニ而御上納可被下候以上

宮本彦太郎

即ち本證書の内容は、元來の無盡講掛金義務者が出金不能になつたので、彼の分家の某が、彼の田地の収益權を自ら行使することを條件として、彼の掛金義務を代つて負ふことになつたが、之も事實不可能なので、更に分家某が該田地の収益權を、講元たる寺院に移轉することを以て、共に掛金義務を寺院に移轉したものであつて、以上の法律關係には、掛金債務が元來の債務者よりその分家某に、分家某より寺院にと二段の債務移轉が見受けら

れるのである。しかもその移轉たるや、當事者の契約に出でたものであるのである。尙ほ大審院民事判決録第二百九十五號頼母子講掛金催促一件上告ノ判文(明治十七年二月廿六日上告) (明治十七年五月廿七日申渡)などに依つて窺ひ知られる様に、明治初年に於ても持鬮の讓渡を、適法となせしこと参照。

之を要するに、多くの實例を知らず、その詳細を究め得ないが、少くとも債務引受なる法律關係が、徳川時代にも存在したことだけは、疑ひのない事實と云ふことが出来るのである。

(79) 國家學會雜誌十七卷二二號。

(80) 全上四六頁。

(81) 全上四七頁。

(82) 中田博士日本古法ニ於ケル追奪擔保ノ沿革法學協會雜誌三八卷一二號一三頁。

二 第二に法律上の債務移轉は、前記債權移轉と同様に、その典型的な類例としては、相續法上の債務承繼あるのみである。<sup>(83)</sup>しかし財産法上にも、次の如き場合には債務が移轉するのである。

(83) 前掲中田博士法制史論集六二二頁、全上増訂徳川時代の文學に見えたる私法相續の條等参照。尙ほその詳細は債權相續と共に、後日別個の研究に於て述べる豫定である。

徳川時代に於ける債權及び債務の移轉(第一卷第一號)

(一) 少くとも大坂方に於ては、先に述べた債權者債務者間の分散協約に基づき、分散債務者の財産を處分する時、その目的物にして一定の倉庫に寄託されてあつた場合には、その寄託契約上の一債務たる藏敷料債務は、分散債權者が之に代當すべき制度であつたのである。註(77)に掲出せる如く『倒人諸道具借藏ニ預置候藏敷賃銀ハ負せ方出之』べきであつたのである。

(二) 少くとも律令要略の時代即ち享寬前後から安永七年中葉頃迄は、町方に於ける借地人借家人の負擔に屬する金公事債務が、裁判所に繫屬して居る時に當り、その地主家主にして土地又は家屋の明渡(地立店立)を裁判上有效に請求し得るためには、此金公事債務を彼等自ら『引受』けることを要したのであるが、此場合の『引受』は尙ほ、債務に代當するの意味であつたと、解して差支ないと思ふのである。此の如き制度は、律令要略の地立店請店立引取人の條に、『一店立之家主願出無據譯有之候ハは店立申付ル但若店ノ者ニ出入有之候ハは出入は家主引受』とあり、又安永七戌年八月六日町方之もの借金銀出入地立店立願出候一件相談書に、『御相談書牧野大隅守郡而町方地借店借之もの共借金銀出入有之候得ハ地立店立願出候而も右金子出入家主引受不申候得ハ地立店立不相成仕來候處右之通ニ而ハ地主家主甚難儀致し候趣相聞殊不埒成ものハ地立店立家立より可願出趣候得ハ金子出入態態拵候様成ものも有之哉ニも風聞致候間以來外公事合吟味筋之ものハ格別金子出入之分者家主引受ニ不及

地立店立定法之通申渡様致し可然哉右之趣及御相談候戌八月六日下ケ札御書面之通以來取斗可然存候戌八月十八日曲淵甲斐守』とあるに依つて知り得る。尙ほ地借店借は勿論借地借家である。<sup>(85)</sup>

(84) 徳川禁令考後聚第二帙四一二頁。

(85) 前掲増訂徳川時代の文學に見えたる私法地借店借の條。

(三) 前節第二項一の三)に述べた如く、當時の轉質關係に於ては、少くとも質取主の質置主に對する債權が、轉質權者に移轉したのと同様の結果が発生するのであるが、質取主が質置主に對して負ふ所の、質物返還義務に就ても亦、同様の現象を見るものと考へるのである。即ち質置主がその債務を轉質權者に對して履行した時は、轉質權者は質置主に對し、質物を返還すべき義務を負ふに至るものと、推定し得らるゝが故に、こゝに又少くも質取主の質置主に對する質物返還義務が、轉質權者に移轉すると同一の結果が見られるのである。

(四) 徳川時代小作地を轉貸した場合には、當該小作が、債權の性質を有する無年季或は短期の名田小作の如きものであつても、物權たる永小作或は之に准ぜられる永年季の名田小作であつても、いづれにしても小作料は、原則として地主に對し直接に、轉借人より支拂ふべき慣例であつたが、此場合の轉借人の小作料支拂義務は、轉



貸人の地主に對して負へる義務が、移轉したものであるかどうか。徳川時代土地轉貸にあつても亦、地主と轉貸人、轉貸人と轉借人との法律關係、更に轉借人と地主との關係と、三面的關係が生ずるものであるが故に、轉貸に依つて地主と轉貸人との法律關係は、消滅するものでない。故に轉貸人の小作料支拂義務は、轉貸後に於ても尙ほ存続するのである。然る時は先に轉貸に就て考へたと同様に、轉借人の地主に對する小作料支拂義務は、轉貸人の義務が移轉したのではなく、法律が特に轉借人に宛てゝ設定した義務であると、見るべきであらう。しかし乍ら、若し轉借人が小作料を支辨した場合には、轉貸人の義務は當然に消滅するものであらうから、少くともその支辨の瞬間に於ては、債務移轉と同一の結果を發生するものと云ひ得るのである。<sup>(86)</sup>

(86) 全國民事慣例類集三五—頁伊賀國阿拜郡、全上三五七頁越中國射水郡、全上三五八頁越後國蒲原郡、全上三六一頁紀伊國名草郡、全上海部郡などの諸慣例參照。但し全上三五九頁伯耆國會見郡慣例は、少しくその趣を異にするもの、如くである。尙ほ前掲徳川時代の物權法雜考法學協會雜誌四七卷五號一二頁以下參照。

(五) 前節第二項一の(二)に於て、徳川時代物權たる土地賃借權が存在したと、推定し得らるべきことを述べたが、此種の賃借權は物權たるの性質から、地主の變更に係らず存続するものである。而して此場合、若し舊地主

にして敷金を預つて居た場合は、その敷金返還義務は當然に、新地主に移轉するものであつたらしいのである。こは前節第二項一の(二)所引明治初年の文より逆推した見解であるが、之又一の債務移轉なりと云ふべきであらう。

(六) 徳川時代の奉公契約(雇傭契約)に於ける請人(保證人)の家主五人組店請人人宿などは、請人がその保證義務を履行せざる場合には、請人の義務の中の或ものを、負擔せねばならなかつたが、之又前段同様一の債務移轉<sup>(87)</sup>と見るべきではあるまいか。

(87) 拙稿徳川時代に於ける雇傭法の研究國家學會雜誌四一卷九號第二款法律上の擔保。

(七) 或る特殊の場合には、雇人の債務が法律上當然に、その雇傭者に移轉するのである。中田博士珍藏の公事御裁許御留書の異本と思はれる、法文學部藏する所の公事録なる古寫本無請人欠落之下人賣掛主人辨濟の條下に、『貞享五辰八月十四日増上寺片町五郎右衛門方々麻布三間屋町孫左衛門方へ紙賣懸金拾五兩餘有候處不相濟旨訴之孫左衛門者下人市兵衛買掛り候由雖申之市兵衛請人相果候以後請狀不仕替其上市兵衛致欠落候得ハ下人市兵衛雖爲買掛孫左衛門可相濟之旨手形申付ル』とあるが如くである。

(八) 徳川時代特許營業權の賣買が行はれたが、その際該營業權に附隨して、消極財産即ち借金が一緒に移轉する例が存在するのである。此種の法律關係にして、若し當事者の契約に依つて初めて發生するものとすれば、こゝは正に債務引受であると云ふべきであるが、現在知り得る所は、法律の規定に依つて營業權と共に、債務が移轉する場合のみである。

徳川時代旗本御家人等のために、彼等の俸祿役料などの受領又はその賣却、或は彼等のためにその他の金融をなすを業とした札差なるものが存在したが、彼等は同業組合を組織し、享保九年幕府の特許を以て專業權を獲得するに至つたのである。此種の專業權は所謂『株』であつて、札差株は當時賣買さるゝに至つたのである。然るに寛政年代に及び、彼等の資金窮乏を來したために、幕府は札差組合に對し資金の貸付をなしたのである。札差組合は所謂拜借をなしたのであるが、その拜借債務は各株權者の分擔する所となつたので、若し或札差株を讓受ける者がある時は、此拜借分擔の義務を當然に負擔すべき旨を、彼等の仲間法は規定して居るのである。尙ほ業要集<sup>(87)</sup>下三六二頁所出札差株式讓請請合證文之事に、『一……誰札差株式……讓受……御下ゲ金返納之儀は無<sub>レ</sub>滯上納仕べく候、……請合人……加判人……當人……惣仲間中』とある参照。

尙ほ特許營業は札差に限らず、且つ幕府のみの制度ではないのであるが、阿波藩に於ける酒造株移轉の際にも

亦、債務移轉の伴ふことがあつたことを、推知し得る様に思ふのである。それは阿波藩民政史料(大正五年版)一五九五頁所收造酒株御下札質物に入借用申一札之事に、『一造酒株御下札……つよ……右私所持之造酒株御下札此度其方へ質物に入……金子慥に受取……右酒株に付拜借他借少し茂無之……付酒屋裁判人奥書申請相渡申候……相滞申候は、右質入之御下札無異儀相渡可申候……弘化四未年十一月吹田茂右衛門印大阪屋かねとの……』と、拜借他借無きことを擔保して居るが、之は反面に於て拜借他借がある場合は、株を讓受けた新營業者之を引受くるの制を物語るものではあるまいかと、思考するが故である。尤も此種の法律關係が、法律の規定に依り當然發生するものであるか、或は當事者の契約に基づくものであつたかの點は、全く不明である。されば實は此古文書の内容の正當なる理解は、全て後日の研究に俟たねばならないのであるが故に、現在としては一個の參考資料として、揭示するに過ぎないのである。他に參考資料として、も一つ掲げて置きたいのは、博多織株の讓渡に當り、株と共に債務の移轉することなき旨を特記せる次の古文書である。博多織物史(明治廿九年刊)三一頁所收『家名賣渡證文事拙者儀依仕組ニ……拙者身退家名貴殿エ相讓博多織機並御扶持其外共代々之通貴殿エ被仰付被爲下候様御町御役所……エ奉願上頼之通貴殿エ被仰付候依之右讓渡爲代金……慥ニ請取候所實正也……勿論家宅材等不相讓家名賣渡候事故拙者材用筋一切御構ニ不及縱令家名付候借財等有之他所ヨリ及御引合候共右之譯ヲ以

テ御答可被成候聊御面倒之儀カケ申間敷候……嘉永六年丑十二月……』。

(87) 前掲日本經濟史研究札差の條。

(89) 未刊隨筆百種第七卷所收。

(九) 最後に、文政五年三月歌舞妓役者共江掛金銀出入取計方大坂町奉行より問合并答書に、『一右借入銀濟方可掛忒無之其役者名前を藝弟子相名乗候而之居被抱給金を取候者抔江掛り候出入爲請方此儀相續人ニ無之候共名前請繼候ものを相手取出入及び候節は相手方師匠之名前を名乗候共人別改之上養子ニ相成候儀ニ者無之菩提所等も違ひ且師匠之家族抔引請候儀も無之譯相分り全ク名前を讓請候而已之儀ニ候ハ、濟方申付候筋ニハ有之間敷候併師匠之名前を名乗候故格別家業に相成候者ハ其始末ニ寄事實之利解申聞雙方勘辨之上對談爲致候様取計候心得ニ有之候……拙者共○筒井伊賀守榊原主計頭取計之心得者書面之通有之候以上』とあるが、此史料に就て少しく考察を試みて置きたい。

先づ本文に依つて、當時に於ても相續に依らず、只單に師匠であり弟子であると云ふ關係から、弟子が師匠の役者名前を讓受けて名乗る慣習が存したことを知り得るが、此の如き場合に於て弟子は、少くとも師匠の役者名

承繼を原因としては、法律上當然に師匠の債務に代當する責任を有するが如きことのなかつたことは、又右の文に依つて明瞭である。しかし若し役者名承繼の結果、『格別家業ニ相成候』即ち相當の収益を見る様な場合には、『事實の利解申聞雙方勘辨之上對談爲致候様取計候』、換言すれば師匠の債權者と當該師匠の役者名承繼の弟子との談合に依り、師匠の債務に就て何等か事實的解決を遂げる様、此種債權の出訴を受けた裁判所は、右の債權者及び弟子に申聞かす慣例であつたのである。此の如き裁判所の態度は、役者名前讓受の弟子は、その師匠の負債に代當する道義的責任を、負ふべきものであると云ふ思想が、少くとも當時の法曹の心裡に存在したことを、示すものと云ふことが出來よう。尤も此の如き思想は、只單に思想として止まり、法規の上に顯現するには至らなかつたものゝ如くであるが、法律上の債務移轉に類似の慣行として、或は又少くとも債務移轉制研究の參考として、本節に於て併せ考ふべきものであると思ふのである。

(90) 徳川禁令考後聚第二帙四三二頁。

## 結 論

以上二節を以て、徳川時代に於ける債權並びに債務の財産法上の移轉に關する法制を、先づ一通り述べて見た

のであるが、その間種々の疑問の解決し得ざるものがあり、更に尙ほ脱漏する所なきを保し難いのである。しかし乍らその大綱に至つては、大體に於て之を悉くし得たものと信ずるものである。

依つて今こゝに、本稿結論として、以上の如き債權債務の移轉制を通して、當時の債權債務の本質を、窺つて置きたいと思ふのである。

先づ以上二節に亘る論證を以て、第一に徳川時代債權讓渡は、よしその訴權の發生には多くの條件が必要とされたとは云へ、明らかに法律上許容され、一般に普及もして居たことを知り得られる。第二に債務引受は、關係資料の見るべきもの僅少なるため、此種制度の一斑を窺ふことも困難であるが、一二の資料は債務引受の存在を立證して居る次第で、當時の經濟生活が未だ實際に債務引受の必要を感じず、従つて一般に普及するには至らなかつたのであらうが、少くとも債務引受なる法理の存在したことだけは、確かなのである。第三には法律上並びに裁判上、又債權及び債務が移轉するものであることを、知り得るのである。之を要するに徳川時代に於ては、債權債務の法律上裁判上或は契約上の移轉が行はれ、相當發達した法制として、構成されて居たのである。元來法學上謂ふ所の債權債務關係なるものは、特定人間の請求と給附とを内容とする、人的關係であるのである。然るに債權或は債務の移轉なる法律關係は、その特定人即ち債權者又は債務者の交替を意味するのであるが

故に、若し債權債務の移轉が許さるゝ場合には、此特定人なるものゝ債權債務關係に於ける地位は、絶對的なものではないのである。徳川時代債權債務の移轉が行はれたと云ふことは、右の如き理由からして、當時の債權或は債務は、尙ほ人的關係であつたと云へ、その特定當事者に膠著するものでないと云ふ法理の存在せることを、示すものと云ふことが出来るのである。

債權債務移轉の各場合の中に就て、債權の讓渡並びに債務の引受即ち契約上の移轉制は、概して各國近代法上のもので、古代法の多くは之を許容しないのであるが、就中羅馬法が此種の制度を許容せざるは、周知知らるゝ通り、債權債務關係 *Obligatio* とは一の法鎖であり、解き得ざる紐帶であり、關係當事者たる特定人を羈束するものであり、特定人そのものゝ人格が、債權關係存続の要件であるとす法理に、基づくものである。(In. III, 13, pr.: *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iuris, . . . Vgl. D. XLIV. 7, 3. Paulus*.) 徳川時代法律行為上の債權債務の移轉が、法律上有効に行はれたことは、よしそれが意識的でなく暗黙の裡に於てはであると云へ、正に之と正反對の債權理論が兎も角も、存在して居たことを物語るものと、なし得るであらう。

徳川時代の債權法上、債權關係は *iuris vinculum* (法鎖) にあらず、特定當事者に膠著するものにあらずと云



ふ觀念は、債權債務の移轉の場合にのみ現れるものではなく、各種の行爲に就て、之を見ることが出来るのである。例へばその第一は、所謂領主地頭借及び地頭裏判借金の場合である。此兩者は、既に別稿に於てその大體を論證した通りに、その擔保方法として、前者が村方より領主又は地頭に差出すべき何ヶ年分かの年貢を引當とするに對し、後者にあつては村方の田畠を質入するか若しくは書入れるものであると云ふ相違があるに止まり、共に領主又は地頭の負擔に屬する借金であると云ふことに於ては、全く同一のものであつたのである。然るに此種借金契約の當事者は、金主と村方（百姓）であつて、領主地頭自らが契約當事者として、立つものではなかつたのである。此ことは領主地頭借を一に郷印證文に依る借金と稱したこと、又領主地頭自身若しくはその役人の裏印又は奥印を當該借金證書に添加するか、或は別に彼等の添證文が作成されて居ることを、領主地頭借又は地頭裏判借金の成立要件となし、若し之等の要件を欠く場合には、百姓借又は村方借金即ち村方が債務者たる法律關係として、そのまま存續するものであつたことなどに依つて、看取することが出来るのである。之を要するに地頭裏判借金及び領主地頭借なるものは、村方自身が自己の名に於て債權者と法律行爲をなし、その法律行爲の結果が、其後の一定要件の具備に従つて、領主地頭に及び、彼等が債務者になると云ふ、特殊な法律關係であるのである。<sup>(4)</sup>扱て此の如き法律關係の性質は、如何なるものであつたかと云ふに、今遽かに之が斷定はなし得ないが、そ

の間に或種の代理關係を認めることが出來はしまいか。しかし法律行爲の効果が、先づ行爲者自身に及ぶものと見るべきでないが故に、右の法律關係を間接代理關係と解すべきではない、又債務も共に第三者(領主地頭)に及ぶものであるが故に、第三者のためにする契約とも云ひ得ないと思ふ。そこで行爲者自身の名に於てなす行爲の効果が全部、一定要件の具備を條件とするとは云へ、第三者に歸屬すると云ふ此種の關係は、法律上本來の代理と見て、或は少くとも代理に類するものと解して、先づ差支ないのではあるまいか。元來代理なる法律關係は、*juris vinculum* の債權理論を有つ羅馬法は、之を認めなかつたのであるが、徳川時代に於ける右の如き法律關係は、又債權債務を以て人に膠著するものにあらずとする、債權理論の一適用に外ならないと考へるのである。尙ほ徳川時代代理關係は、殊に商業界に於て相當の發達を遂げて居たものゝ如くである。即ち商事慣例類集第三篇下卷第五章一〇四三頁乃至一一〇三頁の記載に従へば、地方により取引社會の異なるにより必ずしも一樣ではないが、代理或は代理に類する慣行が、各地に行はれたことが充分明瞭であるのである。その第二は、奉公契約即ち雇傭契約の場合である。當時の奉公契約に於ける契約當事者の一方は、最も普通にその勞務供給債務者たる奉公人ではなく、その保證人たる父兄その他であるかの如く見えるのである。<sup>(2)</sup>此種の行爲の法律上の性質に就ては、之を明確に概念的に把握することは困難であらうが、少くとも奉公人とその保證人との間には、代理に似たる關係を見る事が出來

ると思はれる。第三には、次の如き二つの慣行が存在したことである。尤もそれ等は、明らかにその裁判上の保護を拒否され、或は行爲それ自躰が禁止されて居たのであるが、敢へて此種の慣行をこゝに採り上げて考察するのは、之等は又當時の債權の本質が *iuris vinculum* にあらずと云ふ法理の、一發現と見ることが出来ようと思ふからである。その一は公事方御定書に、「宛所無之證文：右同斷取上<sup>(18)</sup>」と見える、所謂「宛所無之證文」に依る契約の慣行である。宛所即ち債權者名義を記入確定せざる契約の行はれたことが、之を以て窺ひ知られるのである。その二は同じく御定書に、「一：…白紙手形ニ而質地借金等取やり仕候もの不埒ニ付濟方之不及沙汰雙方并證人共過料可申付事<sup>(14)</sup>」と云ふ、所謂白紙證文に依る契約の行はれたことである。白紙證文なるものは、御仕置裁許記に收めたる享保律改正規矩の第十八項に、「白紙手形といふハ金高之奥ニ借主證人之姓名を記所江印形斗すへ置文言は一字も不書金主へ渡置金子返濟難澁之節金主方ニ而仕勝手如何様にも文言相認出入ニ可取繕ため巧候物也右白紙手形ニ而借金之譯明白と申者於有之者其證文ハ破り捨濟方ハ不申付金主不埒ニ付證文之金高出させ公儀江取上之<sup>(15)</sup>」とある如く、證書面に金高と債務者名義のみを記入せるに過ぎないものであつて、右の「宛所無之證文」と異なり、契約文言も全く白紙であつたものである所から、此種の行爲を無効とし、のみならず所罰に迄出でたものであらうが、それは兎も角債權者名義を證書面に記入しないと云ふ點に於ては、全く同一であるのであ

る。之を要するに、以上の二つの慣行は、契約の相手方が前以て特定せざる契約關係の設定であつて、到底債權關係 *iuris vinculum* 法理下に於ては、考へ得ないものであらう。

之を以て見る時、徳川時代債權債務は人に膠著するものにあらず、解き得ざる法鎖にあらずと云ふ法律觀念は、その移轉の場合に就てのみならず、當時の債權法全般に通ずる、一般的觀念であつたと云ふも、大過なきものとなすことが出來よう。

扱て此の如き當時の債權關係の本質は、語を換へて云ふならば、特定人間の人的關係に出でたる債權或は債務が、一の積極的財或は消極的財としての取扱を受けたものであるが、然らば當時既に、債權或は債務を以て一個の財物と見るが如き思想が、意識的に把握されて居たかどうか、此點を少しく穿鑿して見て、本稿の結尾としようと思ふ。東京文科大學刊親俊日記三の四九枚裏天文十一年九月十七日の條に『一同攝州富田森二郎左衛門借。錢事彼母儀號私財。及催促云々森二郎左衛門定借書宛所可在之候口狀迄申事不足信用如此申遣候事』と見えるが、こは少くとも中世末債權を以て財と見たる思想の明瞭なる徵證であるのである。徳川時代に就ては、今此の如く端的なる明證を見出し得ないが、右中世の傳統を以てする時、徳川時代にも此種の思想が存在したことを、肯定し得はしまいか。尙ほ徳川刑法上の沒收刑即ち關所は、原則として現實的財産を沒收するのみでなく、

處刑者の有する金錢債權をも亦、喪失せしめるものであつたが、公事方御定書以前に於ては、處刑者の債權は奉行所に移轉し、奉行所之を取立てるの制であつたのである。<sup>(37)</sup>此の如き御定書以前の債權沒收、即ち債權がそのまゝ財物と同じく國家に歸屬する制度は、債權を以て一の財物と見る思想に、出でたものではなかつたらうか。次に債務に就て見るに、既に中田博士が中世及び徳川時代の道者(旦那)を宿泊せしめ又は案内することの特權、所謂御師職或は先達職又は旦那職なるものを以て、それが一定の土地に根基し永久的收益の源泉たることより、不動産物權に准ずるものとなし、博士の所謂准不動産物權の一つに算入して居られる、更にしかし尙ほ旦那職權者の道者に對する關係には、債權關係が存在するものであることを論斷され、而して此の如き旦那職關係に於て、少くとも中世旦那職を『有スルモノガ、自己ト特約シタル道者ノ債務ヲ(自己ニ對スル)直チニ道者ソノモノト見做シ、道者ヲ知行スト云ヒ、自己ノ所領ナリト稱シタル、幾多ノ實例スラ存スルナリ、是レ皆ナ一ノ恒久的義務ヲ、一ノ無躰物ト見做スノ同一思想ノ……形式ニ外ナラザルナリ、』との見解を博士は有つて居られる。<sup>(38)</sup>此の如く債務を以て物と觀念する思想が、意識的に現はされて居る例證を、徳川時代の史料に就て尋ね當てることは、之又今はなし得ないが、前記債權同様中世來の傳統を以て見る時、徳川時代に於ても債務を以て物とする思想が、存在したのではなからうかと思はれるのである。尙ほ此點に就て、俚言集覽(村田了阿編)中三五六頁に『○借金。を質。

に。お。く。』、又諺語大辭典(藤井乙男編著)五二四頁にも、『借金ヲ質ニ置ク』質物とすべき物すら無きをいふ。』とある參看。此種の俚言は、當時の文藝的述作の中にも散見するが、債務を以て物と見る思想の片鱗であると、解することは出来なからうか。

(91) 前掲徳川時代の特別民事訴訟法國家學會雜誌四二卷一一號第一節第九第十。

(92) 前掲徳川時代に於ける雇傭法の研究國家學會雜誌四一卷七號乃至十號所出各奉公人請狀參照。

(93) 註(9)所引借金銀取捌之事。

(94) 全上六一二頁借金并白紙手形ニ而金銀貸借いたし候もの御仕置之事。今日と異り此手形とは契約證書の謂に外ならぬ。

(95) 高柳真三氏徳川時代欠落考法學協會雜誌四八卷七號一三〇頁以下。

(96) 中田博士王朝時代ノ庄園ニ關スル研究國家學會雜誌二〇卷三號一六頁以下、前掲徳川時代の物權法雜考法學協會雜誌四七卷六號五三頁以下。