

〔論 說〕

近世人身売買再論

石 尾 芳 久

一

徳川時代の人身売買の特質は、遊女奉公という女子の人身売買に具象化されているものであるが、人身売買の禁制のもとに、その禁制を骨抜きにする意味で（禁制の例外規定として）、奉公契約の仮装ないしは養子縁組の仮装のもとに人身売買（遊女奉公）を公認したという点にある。

かかる人身売買を目的とする奉公契約の仮装——仮装的奉公契約を雇傭契約の歴史において如何なる系譜に位置づけるか、如何なる類型として把握するかということは、そのような仮装的奉公契約の本質を究明する上に、極めて重要な意義を有するものである。このことは、養子縁組の仮装についても、同様である。中田薫氏は、メインの身分から契約へという理論に即してかかる奉公契約の仮装——すなわち身売的年季奉公を人法的身分法的支配関係の段階に位置づけられているが、それは、奉公契約の仮装が、真の意味の奉公契約（中田氏はこれを近世の普通年季奉公に認められる）と峻別すべき性格を有しているという認識のもとになされているのである。奉公契約の仮装が、当時の法思想

においてもまさにそのように自覚されていたことは、徳川時代の人身売買を禁止した最古の法令である京都所司代板倉氏新式目全五十九条中の第二十九条に認められる。

一人之売買之事、従往古、老若男女堅停止也、於背此旨、先売手からめとらへ令闕所、速ニ可令殺害、被売候者ハ則親之所え可返、無親ハ親類之所え可渡、無縁之輩者其者之可任心、又者代物者依買申科不及沙汰、其上買人も過怠之籠舎可申付事、

附、女子傾城遊女ニ成共、其身親類合点ニ而於金銀取候者、奉公人之作法ニ可仕、年月之分限者、可為書物次第事

『其身親類合点ニ而』とあるところは、武家版制録の「京都所司代板倉氏父子公事掇掟条々」には、『其身又親類之合点にて』とあり、其身(本人)の合点と親類の合点の意であることが、明白となる。後年の奉公人請状に『親類相談、当人得心之上』として、あるいは『女子得心之上』として記載される文言特記の源流(石井良助氏は、これを要件とみなされている―「古法制雑考(五)」)となったものである。それ故、『其身親類合点』を牧英正氏が、本人と親の合意と解されたこと(「雇傭の歴史」二四七頁)は、正当な解釈とはいえない。合意は『相對』の概念に即して考察されるべきであり、『相對』と『得心』とは区別すべきである。牧氏が当人得心と相對とを混同されていることは、氏のあげられた事例が、『夫と相對仕り、遊女奉公に罷り出』云々であることによって明白である(同書、二四六頁)。

右の板倉氏新式目の条文が、人身売買禁止の規定とならんで、附記として禁止を骨抜きにするような女子人身売買

——女子傾城遊女奉公の例外規定をかかっていることは、注目に値し、しかもかかる女子人身売買が『奉公人之作法』——奉公契約の仮装のもとに公認されている点に注目しなければならない。真の意味の奉公契約と異なることは、女子人身売買を目的とする『奉公人之作法』たることにおいて明らかであり——ここに『奉公人』としてではなく『奉公人之作法』（奉公人の方式—奉公契約の仮装）として記載される理由がある——、実質は人身売買でありながら、それを隠蔽する形式としての『奉公人之作法』（奉公契約の仮装）を雇傭契約の如何なる系譜に位置づけるかということが、重要な問題となる（奉公契約の仮装ということが幕藩体制下の法思想として自覚されていたものであったことは、明治五年十月二日の遊女解放令中に『從來年期奉公等種々ノ名目ヲ以テ奉公住為致其實売買同様ノ所業ニ至リ以テノ外ノ事ニ付』云々とあるによつても知られるであらう）。中田薫氏が、親から雇主への人法的支配の委譲を以てする人法的身分法的支配関係の継続として、『奉公人之作法』（奉公契約の仮装）を把握されようとしたのは、これを身分の系譜にあるものとして、——身分契約の類型として位置づけようとしたが故に他ならない。

徳川時代の人身売買の今一つの特徴は——これは一般に奉公人請状に共通する点であるが——、西村信雄氏が「人請契約は現代の用語でいえば身元保証契約に当るわけであるが、徳川時代には人請契約と雇傭契約（奉公契約）とが別々に締結されたのではない。奉公契約（人請契約を含む）の締結には奉公人請状の差入を必要とし、請状を取って置かなかった雇主に対しては訴権を付与しなかった。そうした意味では奉公契約（人請契約）は一種の要式契約であったといえる。人請契約は、奉公契約と渾然一体を成し、奉公人請状には、奉公契約と人請契約とが融合した形で包含されていた。」とのべられ、また、「奉公人請状には、奉公人のための身元保証文言と共に、奉公契約の年季や給金や仕着^{カゼ}施（主人から奉公人に給与すべき衣類等）などの如き奉公契約の条件に関する約定文言も記されていた。即ち、請状は

単なる身元保証書ではなくて、同時に奉公契約書でもあった。しかし、その奉公契約は、奉公人自身と雇主との契約ではなくて今日の觀念よりすれば、奉公人の身元保証人に該当する請人・人主（上方では親・伯父など）が契約の一方の当事者となり、相手方たる雇主に対して当該奉公人を『奉公に差出（又は差遣）し申』すべきこと、奉公人をして忠実に奉公をなさしめること、殊に『御公儀様御法度不及申御家御作法急度為相守可申』ことを約しているのである。

『奉公人自身も此請狀に署名することは屢々あるが要件ではない』（中田薫氏——しかし、既述したように女子得心、本人得心の文言の特記を石井良助氏が要件とみられていることは重要である——筆者註）このような請狀の形式から見ると、当時の社会通念としては、奉公人自身は奉公契約の当事者たるものではなくて、むしろ、身元保証人たる請人・人主若くは親等がその当事者たるべきものと考えられていたことがうかがわれるのである。このことは、雇傭関係に関する徳川時代の法意識の一の重要な特色として注目すべき点である。」とのべられている（『身元保証の研究』——頁以下）。

すなわち、奉公人請狀は、奉公契約と人請契約とが渾然一体化したものであるが、そのような一体化をもたらしただけに、治安維持を企図する警察的関心が存することは、明白である。奉公人請狀における契約当事者は、雇主と「身元保証人たる請人・人主若くは親等」がその当事者たるべきものであって、奉公人自身がその契約の目的物だつたとされるのであるが、そうであれば、「奉公人自身も此請狀に署名することは屢々ある」という事実を如何に解するか、また、身売的年季奉公の特色として、『当人得心の上』『女子得心之上』という文言が未成年者についてまで特記されている例が少くないという事実——この点を西村氏自身「普通の給年年季奉公と異なる特徴」であるとされている（同書、一六頁）——を如何に解するかということが問題になる。奉公人が契約の目的物にすぎないならば、請

状に『当人得心の上』とか『女子得心之上』といった文言を特記する理由は、少しも存しないからである。

近世の奉公人請状において、とくに身売的年季奉公請状において、『当人得心の上』『女子得心之上』といった文言が特記され、奉公人自身も署する事実が多かったということは、請状において奉公人自身が自己を債奴とするといった状況に入ることを得心する——少くともそのように認定しうるものとして特記することが要件であったことを意味する、と考察しなければならない。「身元保証人たる請人・人主若くは親等がその当事者たるべきものと考えられていた」（西村氏）というのであるならば、奉公人請状に一体化されているという奉公契約と人請契約とのいずれの契約の当事者たる意味において当事者であったのかということを考えてみなければならない。そして、奉公契約というよりも、人請契約の当事者たる意味において、請状の契約当事者であったという性格を考慮しないならば、「奉公人請状の実際を見ると、『身売的奉公たると純然たる年季奉公たるとを問はず、人主が請人と共に連署するのが通例』であり、且つ又、人主として署名している者は必ずしも奉公人の近親者ではなかった（中田薫氏——筆者註）。のみならず、徳川中葉以後においては人主は全く形式的に連署者と化し、殆ど有名無実の身元保証人となるに至った。」という事実を（西村氏、同書一三頁以下）、理解することが困難となるであろう。治安の状況が好転したから、人主の連署化が形式化したのである。もしも奉公契約の当事者たる意味において請状において当事者たるならば、「殆んど有名無実の身元保証人」となるにいたる筈がない。この事実について、中田薫氏は「恐らく人主は身売的奉公に由来し、下請人は純然たる年季奉公に起源したものであったのが、何時しか互に相混同し、人主も亦請人の一種として、何れの請状にも連署するに至ったものであらう。」とされているが（徳川時代に於ける人売及人質契約補考）——『法制史論集第三卷上』三九一頁）、そのような相混同によって説明しうるとするならば、身売的年季奉公請状においては、後年にいた

るまで「親が人主であるという觀念は依然ある程度存した」(石井良助氏「続江戸時代慢筆」一八三頁)というように相混同の現象がみられないということの理由を解明しなければならないのである。相混同してしまつたとする以上もはや別系統論をもって論ずるわけにはいかない。周知の如く、徳川時代の公娼制度には、警察的関心が深く潜在している。犯罪人を検挙する手段として傾城町を免許するという幕府の権力関心があつた。——庄司甚右衛門の慶長十七年伝奏所に提出せる三ヶ条の覚書——この文書の信憑性については問題が存するが、幕府の右の如き権力関心を示す例証とみなすことは可能であろう。そのような警察的関心との癒着が強固であるが故に、人主の形式的連署者化への傾向が進みながらも残存した、と把握すべきである(江戸時代を通じて全国各地に公認の売春地域があつた。遊女町、上方では傾城町ともいう。宝永元(一七〇一)年没の藤本箕山は、日本遊廓総目録として二五の遊廓を挙げて説明している『色道大鏡』)。この他に売春を黙許された同様の地域はそれこそ枚挙にいとまがない。安永四(一七七五)年に来日し、各地を見聞したツンベルクは『どんなに小さい村でも大きな都会にでも、公開の遊女屋がある』と書き残している。——牧英正氏「雇用の歴史」一三三頁。

既に指摘したように、奉公人請状にみられる奉公契約と人質契約の一体化の背後には、支配権力の警察的関心が存在した。すなわち、奉公人請状の方式は、警察的関心の規制下にあつたのであり、かかる性格の奉公人請状の出現が中世末期以降であるということは——「雇傭関係に立つ被傭者の身元保証又は身元引受に関する立法が、我が法制史上に現はれてくるのは、比較的新しく中世の末期である」(高柳真三氏「徳川時代の身元保証」——「法律時報」三卷五号六一二頁)——、幕藩権力の本質を示唆するものとして認識すべきである。

近世の人身売買が人身の売買を目的とする奉公契約の仮装、あるいは養子縁組の仮装のもとに行われたことは、既に指摘した。この仮装の問題を如何に解するか。たとえば、奉公契約の仮装を雇傭契約の如何なる系譜に位置づけるか——実質が人身売買で法形式が奉公契約であるといった契約を雇傭契約の如何なる類型として把握するかといった重要な問題が生ずるのである。

かかる奉公契約の仮装をあくまでも身分——身分契約の系譜にあるものとして位置づけられようとした理論に、中田薫氏、牧英正氏の理論がある。氏は「身売的年季奉公契約は、奉公の対価を身代金と称し、身分に関する違乱担保文言を附帯して居るのみならず、奉公人死後の処置・縁付の自由・置替奉公権等、云はゞ夫権若くは親権或は又奴婢所有権(Dominica potestas)の作用にも比すべき、他人の人格に干渉し其人格的法益を処分する人法的支配(Person-rechtlich Herrschaft)を、雇主の手に委譲して居る点に於て、此奉公契約が其本源たる人身売買の特質を、充分に保存することを最もよく証明して居るのである。金田助教授は曾つて、徳川時代に於ても奉公契約は後年にあるは、封建法上の身分法的関係を脱却して、債権法上の自由契約に進化したことを論明されたが、これは実に卓見であつて、此傾向は武家用人の如き上級奉公人契約にすら及で居る程、しかく力強く且つ一般的なのであつたが、それにも拘はらず身代金年季奉公にあつては、後世迄依然主人と奉公人との間に、もとより封建法的ではないが、矢張特種の人法的身分法的支配関係が保持されて居たことは、正に普通年季奉公契約に対する例外であつて、此例外こそ此種年季奉公契約が後者とは全然系統を異にする所の、人身売買契約より変化したものであると云ふ理由に依つてのみ、充分

説明され得べきであらう。」とのべられている〔法制史論集〕第三卷上、三五三頁以下）。氏はまた「此種の奉公契約より人法的元素を驅除して、之を純然たる年季奉公契約に同化せしめたのは、明治維新後の立法の努力で、其結果徳川時代に於けるが如き人法的契約 (Personenrechtlicher Vertrag) としての特種の奉公契約は、維新後に於ては、名実共に總て債權法上の雇傭契約に変化してしまつたのである。」とのべられている（同書、三六四頁）。

中田薫氏の右の如き人法的支配權委讓論——親權委讓論は、身売的年季奉公を人法的身分法的支配關係——人法的契約、すなわち身分契約として構成する根拠として最近にいたるまでうけつがれ、牧英正氏の近著「雇用の歴史」にも、身売的年季奉公を人法的身分法的支配關係として把握しそれを構成する根拠として「親權の讓渡」論なるものが叙述されているのである（同書、二四四頁）。

しかし、人法的支配權の委讓——親權の讓渡ということが、果して学説史上成立しうる論理といふであらうか。ローマ法においては、周知の如く、早期において、家長權は、夫權、父權（親權）と奴隸に対する主人權および所有權とに分化されているが、主人權、所有權は讓渡しうるのに対し、夫權や父權は讓渡しえないという点において、主人權、所有權と親權とは峻別されているのである。強大な家父長權たりしローマ法の家父長權において親權が讓渡しえないものであったというところに、その特質が存したのである。家父長權が強力であるということが、夫權、父權、主人權、所有權といった分化を否定するものでなく、したがって、日本近世においてもかかる分化を前提としながら、なお親權讓渡論なる論理を作為することは、学説史上何等の根拠を有せざる不当な作為といわざるをえない。穂積重遠氏も「親權は元來委任によつて代理せしめ得べきであるまい」とされている（親族法）。

既述したように日本法においてもまた、家父長権について、夫権、父権、主人権、所有権の分化が厳存しており、したがって親権譲渡論なる論理を作為することは不当であるが、中田薫氏の如く、「もともと下層民の間では後世迄も親権を以て子女に対する所有権の如く考へる思想が根強く蔓って居た事実を顧慮するならば、此の如き場合親が子女の主人として売却し質入したであろうことは容易に理解されるであろう」(『法制史論集』第三卷上三八七頁以下)として、子と奴隸を同視することが下層民の思想であるとされたことは、はなはだしい独断を示す、といわざるをえない。

かくして、人法的支配権の委譲ないしは親権の譲渡なる論理が学説史上根拠なき不当な作為であるということが明らかになれば、身売的年季奉公をもって人法的身分法的支配関係であり、人法的契約(身分契約)であるとみなす見解は、一挙にその根拠を喪失することになるのである。

このことは、人身の売買を目的とする養子縁組の仮装についても——一生不通養子——、同様であって、養子縁組を仮装しているが故にこれを家族法的関係の継続とみなし、人法的身分法的関係とみなすことは、不当である。ここに、原田慶吉氏は、かかる養子縁組をもって人売養子であり、売買的養子縁組であるとされた当然の理由がある。原田氏は、このような相続権の存しない養子縁組について、「コシャーカーはこれを給養契約(Pflegschaftsvertrag)と呼んで、本来の純粋な養子縁組と区別しているが、此の場合には往々人身売買的色彩を帯びていることがある。代価の支払は過去の『哺乳』又は養育に対する補償の名義で為されるのであって、一記録(HG. IV Nr. 1422)ではこれを『養子贈与』と称しているものと解せられている。これは古中国に於いて養子縁組の形式で為された人身売買の代価支払方法と全然同一である。斯かる養子縁組では従って又売買上の約款が附いて来る。例えば『彼の女(実母)

に銀を衡れり。取戻の訴が提起せられたる場合には、シャマシユ、マルドック及びハンムラビに盟う』の如きであつて、売買交換等にも見える担保約款なのである。娼婦の目的の爲めの養子縁組などは、斯かる売買的養子縁組に伴う。一記録(HG. IV Nr. 781)には『A(養女)は神婢とせられて、S其の母(養母)をして食を得せしむ可し』と謂っているが、其の意は寺院の神婢として醜業を営み、其の収益で養母を養育するの意である。寺院の神婢が貞操を齎いでいたことは周知の事実である。斯かる本来の目的からそれて行つた養子縁組は、比較法上別に目新しいものでないことは、我々には謂わずして明らかである。』とのべられ(楔形文字法の研究「一八八頁以下」、かかる売買の目的の手段たる養子縁組を——養子縁組の仮装を、眞の家族法上の養子縁組と峻別すべきことをのべられている(同書、一四三頁)。人売の養子縁組は、人身売買を目的とする養子縁組の全くの仮装であつて、眞の家族法上の養子縁組の承譜とみなすべきではないのである。

一生不通養子が人身売買を目的とする養子縁組の全くの仮装にすぎない——一生不通養子娘証文は遊女奉公人請状と同文である——ことは、御定書の解釈において明確に自覺されていた。

公事方御定書下巻第四六条、享保十八年極

一輕きもの養娘遊女奉公に出し候もの

実方より訴出共

無_二取上_一

右条文の立法理由について、石井良助氏は「この規定は、享保十八年正月十一日の老中書付を基礎としているものですが、この書付には詳細にその立法理由が書いてあります。これによると、輕い身分のものがその養女を遊女奉公

に出したからとて、実方より訴出ても、娘を貰ったときに、遊女奉公に出さぬという証文が出してない場合はもちろん、たとえその出してある場合でも、自今この種の訴えは取上げないことにする。卑賤のものがいわれもなき者の子を養うはずはないから、ひっきょう、将来遊女等にも遣わして、自分勝手にしたいつもりで養子するのであるし、実方もその心得でなくては、卑賤の者へ養女にやるはずはない、大体実方より訴出るのは金銀所得の筋についての訴えであるから、この点からも取り上げる必要はないということです。結局、卑賤の者に養女にやる以上、将来遊女に遣わすだろうぐらいのことは覚悟しているはずであるから、証文のあるなしにかかわらず、実家では文句がいえぬというのです。」とのべられている（『続江戸時代漫筆』一〇九頁以下）。

軽きものへの養女が真正の養子契約——人法的契約とは峻別すべき・人身売買を目的とする全くの仮装の人法的契約にすぎないことを当然の事柄としているのである。人身売買の禁制にもかかわらず、かかる軽きものの売買的養子——仮装の養子契約を公認しているのである。

しかるに、周知の如き、明治四十一年七月七日東京控訴院判決は、芸娼妓稼等を目的とする養子縁組を有効とし、真正の養子契約であると認定した。養子縁組の成立は、『縁組ヲ為スノ意思ノミヲ以テ足リ』——女子得心——、『其決意ヲ為スニ至リシ縁由ノ如キハ』（それが芸娼妓稼の便宜に由来するものであっても）『縁組ノ効力ニ影響ヲ及ボスモノニ非ズ』とした。『縁組ヲ為スノ意思』さえあれば、芸娼妓稼等を目的とする養子縁組を真正の養子契約であるとしたのである。そして、真正の養子契約である——人法的身分法的支配関係——という認定は、本来その目的たりし芸娼妓稼をして、『縁組ヲ為スノ意思』を形成する縁由に転倒せしめたのであり、かかる目的と手段の転倒が、人身売買の実質を隠蔽する方法となっているのである。かくして、幕府法においてさえ明確に自覚されていた仮装の意義

を看却し、仮装の養子契約を真正の養子契約に転化し、人法的身分法的支配関係の継続を認めることにより、法上の意味において、人身売買の目的を隠蔽したのである。人身売買の目的は、貸借契約と養子縁組ないしは稼業契約という二本だての契約の構成によって隠蔽解体されることになる。

仮装の養子契約を真正の養子契約——人法的契約に転化せしめることは、むしろ人身売買の目的を隠蔽することを企図としたという点に注目しなければならない。人身売買の目的を隠蔽する人法的身分法的支配関係なるものは、真的の意味の身分——身分契約と何等の関連を有するものではない。仮装の身分を真実の身分に転化せしめるという人法的身分法的支配関係の継続は、その仮装の真実への擬制が養子縁組の仮装の転化であつても、奉公契約の仮装の転化であつても、人身売買の目的を隠蔽するという明確な作為によるものであることを看過してはならない。中田薫氏が、仮装を真実と擬制されて、人身売買——一生不通養子や身売的年季奉公を把握するに、人法的身分法的支配関係をもつてなされた手法には、仮装の身分を真実の身分に転化して人身売買を隠蔽した明治法則上の身分概念形成と同一の手法を認めることができるのである。そこに、かかる関係の認定の根拠として、中田氏が人法的身分法的支配権の委譲ないしは親権の譲渡なる・学説史上存在の理由を有しないところの・論理を作為される必然性が存するのである。

三

雇傭契約の起源については、二つの系譜が認められ、一はローマ法のそれであり、二はゲルマン法のそれである。ギールケは、ゲルマン法の雇傭契約を人法的な忠勤契約（封建契約——身分契約）より由来するものであり、ローマ法の物の賃貸借と同一法概念としての雇傭と峻別すべきものとなし、自由な労働契約という思想は、ゲルマン法の系譜

にあるものとした（末川博「雇傭契約發展の史的考察」）。封建契約——身分契約が主君も従士も共に誠実義務を負う自由契約たることを本質とするという点を考察するならば、ゲルマン法から自由な労働契約へという發展は、法思想に即するならば、当然に推定しえられるところである。原田慶吉氏は、かかるゲルマン法の雇傭契約を人格主義の雇傭法であるとし、これをローマ法その他の「人と物とを同一基礎に置く雇傭法の物質主義」と區別されているのである（「楔形文字法の研究」一五三頁）。既述したように、中田薫氏が近世の身売的年季奉公をもって「封建法的ではないが、矢張特種の人法的身分法的支配關係が保持されて居た」となされたことは、そしてかかる關係をもって普通年季奉公と區別されたことは、封建法的ではないとされながらも身分契約の系譜（中田氏はこれを人法的契約とされる）にあるもの、すなわちゲルマン法の人格主義の雇傭法の系譜にあるものとみなされていたことを明示するものである。したがって中田氏の見解においては、人格主義の雇傭法の系譜にある身売的年季奉公が自由な労働契約への推進力をもつものとなる筈であるが、いうまでもなく身売的年季奉公にそのような性格を想定することは不可能であり、むしろ「反対に、自由な労働契約への發展を阻止する性格を認めなければならないのである」。

物質主義の雇傭法——物の質貸借と同一法概念としての雇傭がローマ法その他の諸法に認められることは、原田慶吉氏によって指示されている。原田氏は「楔形文字法の領域に於いては、雇傭と質貸借との間に法律的概念の區別がない。雇傭は人の質貸借（Personenniete）に外ならない。従って古バビロニアに於いては、『質借する』（agāru）なる語は、自由人にも奴隸にも、生物にも無生物にも用いられ、不動産の賃借に用いられる wāṣṣa の語と対立せしめられている。」とのべられ（同書、一五〇頁）、かかる系譜の雇傭契約の起源について、「是等諸々の法制に於ける雇傭契約の起源は、『自己質貸借』に始まったものであろう。自己の家畜を質貸すると同様に、自己の奴隸や其の他

の権力服従者を賃貸し、若し自己自らが雇われる場合には、『自己自身を賃貸する』と謂う考方である。恰かもローマ人が『自己と其の労力を賃す』(se suasque operas locare)と謂う、ビザンチン期のエジプトのパピールス古文書が『自己自身を賃貸せり』(*hehiothakéu eauró*)と謂うたが如く、古バビロニアのフォーミユラも、自由人自らが雇傭に就くときは、『XはZを(奴隷)Yより賃借せり』(Z itti Y X igur)なるフォーミユラに対応して、『XはYを彼自身より賃借せり』(Y itti ramâišu X igur)なるフォーミユラを用いている。驚く可き類似は、中国法も亦提供している。(一)中国に於いて『家長が家属たる男女を他人に『傭雇与』ふ契約は、已に唐代に現はれて居り、元代ではこれを『典雇男女』の契約と称し、『将某男』又は『将某女』て他人に典雇し与ふことを、その内容としたものであったこと、(二)少なくとも元以来は、右『典雇男女』の傍に良人が『典雇身』する契約が並び行はれ、その内容は『将己身典雇良人』するものであったことを知り得るのである。今此兩種の人身典雇契約を比較して見ると、その用語に於て又その内容に於て、後者が前者を典型とし、これを模倣して成立ったことを推測せしむべき証跡、実に顕著なるものあるを認めざるを得ない。されば又、(三)『典雇身』が自己を『賃人』する契約であることの事実よりして、その典型たる『典雇男女』も亦、当然人身の賃貸借であると推論することが出来るであらう——中田博士は斯く推論せられて、中国の『雇傭契約も亦巴比倫や羅馬のそれと同様、人身の賃貸借(Personenniete)であって、初家屬の『雇与』(傭雇)として行はれ、後これに模倣して独立良人が『将己身雇与人』ふ契約、即ち雇傭契約が生ずるに至ったもので、その発達の経路も亦巴・羅馬法に於ける沿革と全く同一であると云はねばならぬ』と断定せられているのである。」とのべられている(同書、一五二頁以下)。

古バビロニアのフォーミユラにおいて、奴隷の賃貸借に模したフォーミユラを用いて自由人の自己賃貸借が行われ

ている点に注目すべきである。奴隸的勞務の賃貸借に自由人が自己を投入することを意味する。中国においても、良人の自身典雇は、「債権者の支配のもとに、慘澹たる勞働をもって、代還の責任を負うこと」（仁井田陞「中国法制史研究・土地法取引法」四七八頁）を意味した。實質は、自由人の自己売却——奴隸としての自己売却に他ならない。フォーミュラとして自由人の自己賃貸借であるという点において雇傭契約であるが、ローマ法の如く自己と自己の勞務を貸す——自己自身を貸すことと自己の勞務を貸すことという分化が生じていない場合、すなわち自己賃貸借が自己自身を賃貸借することに尽きるならば、その實質は容易に自己の債務奴隸化——物の賃貸借に移行するのであり、かかる自己賃貸借としての雇傭契約は、人身の賃貸借、人身の質入、人身の売買（自己売却）を實質とするとその仮裝的雇傭契約たる性格を有する、といわなければならない。ローマ法の自己賃貸借が自己と自己の勞務を貸すことに分化していることは、仮裝的雇傭契約をのりこえて債權法上の自由な雇傭契約への方向を指示しているのであって、その他の諸法との重大なる相違を示しているのである。このことは、ローマ法の自己賃貸借が奴隸の解放行為と緊密な關係にあるということ、すなわち、それが最も強力な家長權ともいふべき主人權との鋭い對抗關係を前提として成立したものであることと深い關連がある。他の東洋の諸法においては、ローマ法とは反対に、自己賃貸借は、家父長制思想との密接な關係にあつたからである。

既に指摘したように、ギールケの構想、すなわち、ゲルマン法の人法的忠勤契約（身分契約）に由来する人格主義の雇傭法から自由な勞働契約への發展の構想は、身分契約の自由契約たるの本質よりして理論的に支持すべきものと、と考察する。その發展の歴史的連関の事實の実証性について慎重な立場を持したミッターイスも、イギリス法では、現代においても、雇傭契約は債務法のなかでではなく人法のなかで取扱われているという問題、人格主義の雇傭法の歴史

的連続性の問題を提起しているのである。プラーニッツもまた、主人の奴婢に対する誠実配慮義務が、ローマ法の継受にいたるまで継続したことを指摘して、法思想的には、歴史的連続性の立証の可能性を示唆しているのである (Grundzüge des deutschen Privatrechts)。

旧論文 (「近世の雇傭契約について」) において山本大氏「土佐中世史」のあげられた次の如き史料を問題とした。

就_レ抽_二忠節_一下名之儀被_二仰付_一候。無_二別儀_一百姓職可_二申付_一候。仍而為_二後日_一如_レ件

貞茂

永禄十一年正月吉日

長弥三殿

被官契約可_レ有由候間、下地五段為_二給分_一進_レ之候。若奉公無沙汰之時ハ、彼在所可_二取放_一候。仍為_二後日_一之如_レ件

八郎 (花押)

永正十四年二月吉日

末延

神右衛門尉殿

右の封建契約、あるいは被官契約においては、百姓職が、ないしは下地五段が、恩給の対象となっている。百姓職が恩給の対象となっているということは、百姓身分のままで封建契約——被官契約の当事者となっている事実を示す。封建契約 (身分契約) の民衆層への浸透の事実を示す、といつてよい。人法的忠勤契約の民衆層への浸透である。この事実、必然的に民衆間の雇傭契約に深い影響を与えたことが、想定される。すなわち、自由な労働契約の方向を示

唆するものであったことが、推定される。

今川義元の天文五年駿河安養寺領の百姓に対する法令に『寺領百姓等武士へ不可奉公、況他所へ出之事』とあり、北条氏が鎌倉の東慶寺領に対し『東慶寺百しやうしうとりいたす事』を禁じているもの等がある。

これについて、中村吉治氏は「いづれも百姓の主取りをし、他の主人に契約し、武家へ奉公することの禁止であった。そこに外へ出ることの禁も、身分的な問題もあったといへるが、特にこれ等で強く見られるのは、分国内の百姓が様々な勢力に勝手に結ばれることの禁止である。」とのべられている。〔近世初期農政史研究〕二二六頁

北条氏の東慶寺領禁令においては、百姓が主取りをすること、百姓が主体となって主取りをすること——そのような主従契約を禁止している点に、注目すべきである。百姓が主体となって締結する主従契約を武士身分への上昇の問題として概括してしまうことは、理論上不当である。武士身分への上昇を意味するような主従契約という意味に尽きるならば、百姓が主取りの主体となる筈はない。『百しやうしうとり』とは、百姓間の自由な主従契約——自由な奉公契約と解すべきであり、かかる自由な奉公契約の蔓延が、民衆層の自治組織結成と深い関連をもつものであったが故に、戦国大名は、これを厳格に禁止したのである。かく考察するならば、右の史料は、断片的ではあるが、人格主義の雇傭法から自由な労働契約への歴史的関連を示唆するものである、といわなければならない。そして、かかる発展の動向は、戦国大名以降の権力体制により阻止せしめられているのである。

これに反して、物質主義の雇傭法、自己賃貸借が雇傭契約の起源であるといった雇傭法は、他の東洋の諸法に比べると同じく、日本法の歴史においても根強くのこりつづけたのである。既述したように、自己賃貸借は、ローマ法において、自己と自己の労務を貸すという注目すべき分化をとげており、自己の労務に限定して賃貸するという債権法

上の自由契約への発展を示唆するものがあつた。しかるに、ローマ法以外の諸法においては、そのような分化はみられず、自己質貸借は、自己自身を貸すという段階にとどまっていた。自己の人格そのものを物の質貸借と同一の関係に投入するということは、自己を債務奴隷として売却することであり、実質は人身売買である。かかる性格の自己質貸借にこそ、仮装的雇傭契約——奉公契約の仮装の由来する根源があるのであり（奉公契約の仮装は、かかる自己質貸借の類型に位置づけられるべきである）、ここに、人身売買の禁令を骨抜きにする方法として、かかる意味の自己質貸借が盛行する必然性がある。そして、かかる仮装的雇傭契約——奉公契約の仮装は、右に論証したことによって明白であるように、人格主義の雇傭法ではなくして物質主義の雇傭法の系譜に位置づけられるべきものである。

既にふれたように、板倉氏新式目が、人身売買禁制の附記として——例外として——遊女奉公（女子の人身売買）を認めていることは、仮装的雇傭契約、すなわち、奉公契約の仮装の類型に即して人身売買を例外として公認する意図——自己質貸借の類型としての人身売買の規制の意図を明示するものとして理解しうるのである。かくして、板倉氏新式目の条文は、人身売買禁制とその例外規定という（仮装的雇傭契約——自己質貸借の類型に即しての人身売買の認定）東洋の諸法に共通の体系をあらわすこととなる。近世の人身売買の禁制が極めて不徹底で斯瞞的であるという当然の理由が存する。

古代中国法においても、人身売買は禁止され、良人の妻妾子女の典雇は、禁止されていた。それにもかかわらず、良人の自身典雇（自己質入・自己質貸）が認められていたのであって、仁井田陞氏は「漢魏六朝時代の担保としては、人質に関する資料が比較的多く、そのなかでも、自ら債権者の奴隷となり、労働で債務を代還してしまえばふたたび自由となるもの、すなわち、ゲルマン部族法にいわゆる労働消却債奴制 (abdienende Schuldknechtschaft) の関係

資料が多い。史籍には、父母などの葬送費を借り、その代還のために債奴となることは、孝義として、少からず載録されているが、おそらくは、父母などの葬送費に限らず、債務のために人質となり、債権者の支配のもとに、慘澹たる労働をもって、代還の責任を負うことは、当時においては、めずらしくなかったに違いない。」とのべられている〔中国法制史研究・土地法取引法〕四七八頁。

ローマ法の如き自己と自己の労務を貸すといった分化を示す自己賃貸借ではなくして、自己自身を貸すといった意味に尽きる中国法の良人の自身典雇は、まさに自己自身を債奴とすることであり、ゲルマン部族法の労働消却制との比較ということは、むしろ困難であり、容易に元の身分にかえることが不可能であるような実質的には債奴としての自己売却であり、そこに「慘澹たる労働をもって、代還の責任を負う」ことの真の意味が存するであろう。良人の自身典雇は、むしろ、人身の売買を目的とする奉公契約の仮装（自己賃貸借）であつたであろう。しかも、そのような良人の自身典雇は、父母などの葬送費を借りるためという孝義のイデオロギーとの深い接合関係にあるのである。孝義のイデオロギーに接合した自身典雇にこそ、ローマ法の自己賃貸借と対蹠的な・人身売買を目的とする仮装的雇傭契約たる自己賃貸借の本質があらわれている、と考察すべきであろう。

日本近世の遊女奉公請状の雛型には、板倉氏新式目の其身合点よりの系譜をひくところの女子得心の文言が特記されている。石井良助氏は、この点について「女子の同意を要件として居る事を注意すべきである」と指摘されている〔古法制雑考（三）〕。かかる文言は、飯盛奉公証文、洗濯下女奉公証文にも記載されている。自己賃貸借の系譜にある奉公契約——物質主義の雇傭法——であり、遊女奉公すなわち実質的には人身売買を目的とする奉公契約の仮装（自己自身の人格の賃貸借——物の賃貸借と同一法概念としての雇傭）という性格を如実に示しているのである。

女子得心の女子が成年者である場合もあるし、未成年者である場合もある。未成年の女子についてもなお女子得心の文言が要件となっていたという事実は、遊女奉公——例外として認められていた人身売買の類型が、奉公人之作法——自己賃貸借（奉公契約の仮装）の類型であるべきことを幕藩法が如何に厳格に要請していたかを示す一の証拠である。

かかる自己賃貸借としての遊女奉公が孝義のイデオロギーと深く接合していたことは、牧英正氏のあげられた史料により明証される。この接合の存するところにおいて自己の労務の賃貸借といった分化の生ずることは、絶対に不可能である。

自由人の人身売買禁制の例外としての自己賃貸借——人身売買を目的とする仮装的奉公契約の事実は、中世にまで遡及する。

石井良助氏は「鎌倉時代に於ては、奴婢をも含めて、人身の売買を禁止した」（法上の意味においてではあるが）とのべられる（『中世人身法制雑考』——『法学協会雑論』五六卷八号一〇三頁）。

それにもかかわらず、自己賃貸借——自己が債奴となるという奉公契約を仮装した人身売買が行われていたのであり、これが「身曳」である。

この身曳について、石井良助氏は「人身売買とよく似て、然も之と區別せらるべきものに『身曳』がある。身曳と云ふのは、自己の身を相手方に進めると云ふ義で、我と我が身を相手方の支配の下に置き、その所従被官となる行為を意味する。身売の結果として行はれることもあるが、然し、身曳の原因は必ずしも身売のみに限られて居ない。原因の如何を問はず、自己の身を相手方に曳進める行為は総て身曳であったのである。」とのべられている（『中世人身法

制雜考」——「法学協會雜誌」五六卷九号、五五頁。

身曳が身売すなわち自己売却をも包括する概念であることは、身曳が人身売買を目的とする手段でもあることを明証している。石井良助氏が身売の結果としての身曳の例として沙石集卷第六下十六『身売母養事』をあげられていることよりして、その身売が孝義のイデオロギーと深く接合していることを認めることができる。債務の弁済としての債務者の身曳状——室町時代末期——の実例を、石井氏は、阿波国徴古雜抄一一六頁所収那賀郡橘浦八幡宮文書に指示される。

申請出拳米事、

合肆石壹斗三升者、

右伴出拳米へ、父又五郎給わり□ゆへに、この肆石壹斗三升のかたに、あさなつる法師童、生年十六□になり候を、杉原松成慈円に、永代身を引まいらせ候所、在地明白なり、但何なる見門世遣の御領に候とも、このこの状をもつて、御沙汰あるへく候ものなり、仍為後日沙汰証文状如件、

杉原□□□又五郎の子法師童（花押）

応永十七年七月廿七日

この身曳状は、本人が署名し『永代身を引まいらせ候』というのであるから、債務者が自己自身を永代賃貸（あるいは永代自己賃入）するということの意味する。人身売買の禁制の例外としての身曳——自己賃貸借の方式で行われる自己売却である。年貢公事不納の為の身曳状を、石井良助氏は、大光寺文書二より指示される。

右馬五郎男自身引文之事

近世人身売買再論

合卷人定、字右馬五郎男、生年廿五歳也、

右件子細者、大光寺百姓地を給候て、御年貢依不弁済仕候、我身を永代御寺引申候所実也、於自今以後者、大光寺常住可為御下部候、向後者、御ゆるしなく候て、何なる権門高家神社仏寺御領内罷入候とも、如此状御沙汰候む時、一事一言子細を不可申候、若又背御寺候て、ふけうを仕候者、

上奉始梵天帝尺、当山地神、伊勢天照大神宮、巨〔田〕八幡大井、熊野三山大権現、妻満五社大明神、惣日本六十余州大小神祇御罰、宗右馬五郎男八万四千如毛穴可蒙羅候仍為、後日沙汰起請文并引文之状如件、

文和二年正月廿五日

右馬五郎〔略押〕

我身を永代大光寺の下部——債奴として賃貸する、というのである。人身売買を目的とする自己賃貸借——身曳の典型である。中国法上の良人の自身典雇と同一である。かかる起請文の形式の身曳状は、本人得心の強固なること——近世における如く人請契約を混入せしめて、人主請人が保証するのではなくして、本人そのものが自己賃貸借という得心の意思を純粹に表示する意義を明示している。かかる確乎たる本人得心を根拠として奉公契約が仮装せしめられるのである。板倉氏新式目の、あるいは遊女奉公人請状の前史に、中世にまで遡及しうるような歴史的過程が存することを看過してはならない。最近公表された近世の雇傭契約に関する篤実な研究として、吉田正志氏の「近世雇傭法の構造とその史的展開過程序説(一)、(二)」をあげることができるが、吉田氏の右論文は、遊女奉公が人身売買を目的とする奉公契約の仮装——仮装的雇傭契約——であるというその仮装の意義(それは既にくりかえして指摘したように雇傭契約の一の起源としての自己賃貸借を示すものであり、物質主義の雇傭法の系譜にあることを示すものである)を無視されているという点において、理論上重大な欠陥を暴露しているものである。

吉田氏は、近世の雇傭契約を定義して、「金錢の授受があったということは、人身もしくは勞働力に対する対価が支払われたということであり、人身もしくは勞働力の売買契約が締結されたということを意味する。ここでは、この契約を『雇傭契約』と呼ぶ。」とのべられる（同論文、六二頁）。人身の売買契約ということそのことは、人身売買契約であつて雇傭契約ではない。吉田氏は、同論文註（七五頁）において、「いうまでもなく、本稿で『雇傭契約』という場合は、近代市民法的概念としてのそれではない。ここでは、人身もしくは勞働力の有償提供を内容とする契約すべてを『雇傭契約』と呼ぶ。したがつて、人身売買契約も『雇傭契約』に含まれる。」とのべられているが、近代法上の雇傭契約とは異なるからといって、氏のいわゆる『雇傭契約』——仮装の雇傭契約ではなくして真正の雇傭契約——なるものが人身売買契約なるものを包含するとすることは、理論上極めて不当である。人身売買契約が近代以前においても人身売買契約である以上、それを真正の雇傭契約と同視する何等の理由も存在しないからである。人身売買を包含する『雇傭契約』なる概念を前近代を理由として構成することは、恣意的概念構成という他ない。

近世の人身売買——遊女奉公が女子得心の奉公契約の仮装の方式で行われているという仮装の意義を無視し、これを真正の奉公契約——雇傭契約と同一のものとみなすという短絡的思考にもとづく概念構成を形成するところに、吉田氏のいわゆる『雇傭契約』なるものが誕生する所以があるのである。したがつて、吉田氏の『雇傭契約』には身売的年季奉公は、普通年季奉公の例外でさえなく、同一のものとして包括されることになる。吉田氏の右論文の趣旨においては、普通年季奉公は自由契約への方向に位置づけられるべきものであるが（中田薫氏の見解と同様である）、身売的年季奉公は、かかる自由契約の方向に鋭く背反するものであること自明のことであるから、かかる相矛盾する奉公を吉田氏の『雇傭契約』なる概念は、同一のものとして包括することになる。吉田氏の『雇傭契約』は、絶対矛盾的自

己同一という奇妙な概念構成となる。近代法以前であるからといって、近代法上の雇傭契約や売買契約がそれぞれの前史を有するものである以上、かかる絶対矛盾的自己同一の概念たる『雇傭契約』概念を構成することは、理論的に不当であり、恣意的である、といわざるをえない。かかる恣意的『雇傭契約』概念がかりに成立する理由があるとするならば、吉田氏は、雇傭契約の歴史において（氏も『雇傭契約』なる概念を使用する以上雇傭契約の歴史の存在までも否定するものではあるまい）、如何なる系譜に、そして如何なる段階に位置づけられるかということを、当然に立証しなければならぬ。しかるに、かかる考察は、吉田氏論文において全く行われていないのである。

板倉氏新式目の解釈に関しても、吉田氏は、かかる奇妙な『雇傭契約』概念を前提として行う。したがって、年季の長短の事柄しか問題となっていないのであり、板倉氏新式目で最も重大であるところの『奉公人之作法』に認められる遊女奉公——人身売買禁制の例外規定としての人身売買を目的とする奉公契約の仮装の問題（従来の学説もかかる仮装的奉公契約を雇傭契約の歴史の如何なる段階に位置づけるかに苦慮し、中田薫氏の人法的契約論もかかる苦慮の産物なのである）が、吉田氏の問題関心から完全に欠落せしめられているのである。

明治法制上において、人身売買を目的とする養子縁組の仮装をむしろ真正の養子縁組とみなし、養子縁組と貸借契約との二本だての契約を構成することを以て人身売買の目的を隠蔽し解体したことは、既にのべた。

このような手法と同様に、稼業契約と貸借契約との二本だての契約を構成することを以て、実質的人身売買を隠蔽解体したのであって、たとえ稼業契約が公序良俗による規制を可能とするとしても、前者の無効が後者を無効とするものでは決してなく、むしろ分離せしめられており、このことが、実質の意味における人身売買を温存したことは、周知の事実である。この場合、稼業契約は、一般の雇傭契約と同視されるか、あるいは雇傭契約に準ずるものと認定

されている。奉公契約の仮装の問題は、自由を拘束することも各契約当事者の自由意思であるという詭弁的論理によって、短絡的に真正の雇傭契約に転移せしめられているのである。一般的な雇傭契約ではないとしても、なお特殊な雇傭契約と認定することによって、仮装的雇傭契約は、真正の雇傭契約に転化せしめられているのであり、稼業契約が真正の雇傭契約と認定されることにより、芸娼妓契約——人身売買契約は、稼業契約と貸借契約との二本だての契約を以て解体再構成されることになり、人身売買の目的を隠蔽し、人身売買を温存する役割を果たしたのである。二本だての契約による構成そのものが、人身売買を温存する法論理となったことに注目すべきである。雇傭契約の仮装の問題を無視し、安易に真正の雇傭契約とみなす短絡的思考方法がかかる法論理に認められるが、既に批判した吉田正志氏の人身売買を普通年季奉公と共に包含する『雇傭契約』なる概念にも、右述せる明治法制上の短絡的思考方法を以てする詭弁的論理と同一の思考方法が存在する、と断定してよい。

西村信雄氏は、「明治五年十月二日附太政官布告第二九五号及び同年十月九日附司法省布達第二二号が芸娼妓の解放を命令した所以も、従来の芸娼妓の年季奉公が人身売買の実質を具へ奉公人の人身の自由を極度に束縛せることをば人倫上不当としたに依るものであつて、必ずしも芸娼妓等の稼業自体を不法視したのではない。この故に明治七年六月廿三日附司法省指令は、芸妓奉公に於ても『稼ギノタメ月給ヲ取極メ候モノハ人身売買ノ類ニアラズ罪ノ問フベキナシ』と指示してゐる。」とのべられている（『前借金契約について』一〇三二頁）。

芸娼妓稼業の本質を問うことなく、『稼ギノタメ月給ヲ取極メ候モノ』ということを真正の雇傭契約と認定したことにより、『人身売買ノ類ニアラズ』ということになったのである。

仮装的雇傭契約を安易に真正の雇傭契約と認定するという短絡的思考方法が、かかる重大な結果をもたらすという

ことが、看過されてはならないし、『奉公人之作法』に奉公人と同一の法関係を認定した明治法制の特質を——本人得心を自由意思といった近代法概念をもって擬装しているが——みることができるのである。このような奉公契約の仮装の本質、したがって稼業契約と貸借契約の二本だての契約を以てする仮装の解体の本質が追求されることは、皆無といつてよいような状況であつたのである。

西村信雄氏の如きも、『稼業契約』が借金債務の返済方法に関する特約であるとするならば、債権者たる抱主は、当該芸娼妓の稼業に因つて生ずる純益金(即ち抱主が收受せる『稼高』から、抱主の負担せる諸種の費用(税金・食費・器具費・衣類費等)を控除した残額)が前借金の元利合計額に達することを以て満足すべきである。実際上も、抱主の收取せる純益金が前借金の元利合計高に達するときには前借金債務が消滅するものと為す契約が行はれてはゐる(前掲『芸娼妓酌婦紹介業に関する調査』四七頁によれば、芸妓の中所謂『分け』と『七三』とは予め稼業年限を約定せず、稼高を以て前借金を完済するとき迄を稼業期間とするものであり、俗に之を『稼ぎ抜け』と称する由である)。しかしながら、他面、稼業上の収益金の多寡を問はず予め約定せる年限の間稼業に従事したときに始めて前借金債務が消滅するもの」とし、そうであれば、これを「前払給金」と解すべきであり、「稼業契約が法律的な意義における『人身売買』に該当すると云ひ得るか否か頗る疑はしい」とのべられている(前借金契約について)——『民商法雑誌』七卷三号、四二六頁以下)。

西村信雄氏の右の見解において、稼業契約の雇傭契約の仮装たる点が無視されていることに注目しなければならぬ。『稼業上の収益金の多寡を問はず』ということが、したがって年季の終了を重視するということが前借金を「前払給金」と認定する理由となつているが、「稼業上の収益金の多寡を問はず」年季の終了のみを問題とする見解は、既に稼業契約を真正の雇傭契約と認定することをその前提としている。しかも、かかる前提——稼業上の収益金は当

然に前借金と因果関係があるにもかかわらず両者を分断している——を問題とすることなく、前借金について「前払給金」なる概念を構成し、それを以て稼業契約を真正の雇傭契約とみなす根拠となし人身売買の認定を拒否する理由となすことは、明らかに論理上の循環に陥っていることを明示するものである。

かくして、身売的年奉公と同様、雇傭契約の仮装の問題を無視した明治期の稼業契約・貸借契約二本だての構想には、人身売買の目的を隠蔽するという反動的法論理の性格を認めうるのであり、吉田正志氏の右述せる如き仮装の問題を無視し短絡的に『雇傭契約』概念を形成した見解にも、右述せる理由よりして同様に、人身売買の理解に関する反動的性格を内在せしめる可能性を認めざるをえないのである。

四

徳川幕府の人身売買禁制は、頗る不徹底にして欺瞞的なものであったが、しばしばくりかえして発令されている。不徹底なる欺瞞的なる（遊女奉公——女子人身売買を奉公人之作法において公認している）人身売買禁制反覆の理由について、牧英正氏は、前著「近世日本の人身売買の系譜」において、安良城盛昭氏の太閤検地小農自立論——封建革命論を基礎とし、いわゆる小農自立政策との対応の関係で近世の人身売買禁制の特質を把握されようとした。しかし、太閤検地には、周知の如く、検地帳に近世被差別身分の源流を示す『かわた』身分が記載されているのであり、かかる検地政策を封建革命であるというような革命的政策とみなす見解を否定する事実が駁存していたのである。牧英正氏が基礎とされた安良城理論なるものが到底支持することができないものであることは明白であり、そうであれば、牧英正氏の人身売買禁制に関する理論も、その根拠を喪失せざるをえない。しからば、この問題について、牧英

正氏は、近著「雇用の歴史」において、如何に答えられているか。氏は、秀吉の行った検地、刀狩、身分の固定、人売買の禁止が相互に関連する政策である、とし、江戸幕府は、当初秀吉の政策を踏襲したと考察され、「人を売買することは、権力による民衆の直接把握を侵害する。それは権力の基礎を蚕食し、基底を崩壊させるものであるがゆえに放置することは許されなかつた。」とのべられる(同書、九二頁)。権力による民衆の直接把握とは何か。これについて、牧氏は「幕府の初期の政策は、小本百姓を中核とし全剰余生産を収奪することにより、幕府はこの小農維持の政策をとってきた。」とのべられている(同書、一〇四頁)。かかる小農維持政策なるものは、農民土地緊縛の権力政策を意味することとなる。それは、農民に対する弾圧政策であつて、封建革命を内実とする小農自立の方向とは反対である。かくして、牧氏は、前著における小農自立を根拠とした人身売買禁制論を放棄され、むしろ、反対に、農民弾圧政策の一環として近世の皮相的にして欺瞞的な人身売買の禁制を位置づけようとする。

この点について、私は、既に、人格主義の雇傭法の系譜をひくところの百姓の自由な主取りといった自由な奉公契約の戦国大名による禁止と皮相的な人身売買の禁制とが、関連のあることをのべたことがある。

この奉公契約に対する厳格な関心は、周知の如く秀吉の法令に認めることができる。それは、兵農分離政策と必然的な関係を有するものであるが、天正十四年正月十九日の御法度条々中には、『一 諸奉公人、侍の事は申すに及ばず、中間・小者・あらし子に至る迄、其主に暇を乞はず出づる事曲事ニ候の間、相抱ふべからず、但し前の主ニ相届け、^{たか}慥ニ合点これあらば是非に及ばざること』とあり、其主に暇を乞うことなき奉公を禁止しているが、百姓の側からの自由な主取りに対する禁止を徹底したものである。すなわち、人格主義の雇傭法に対する徹底せる断絶を意図するものである。

人格主義の雇傭法は、中世末期以降一般民衆にまで浸透し、被官契約なる概念をもって構成された。被官契約は、隷屬的な奉公關係までも包括するものであったのである。石井良助氏は、通常の主従契約的系統の被官契約と隷屬的な被官契約（新篇追加第七六条に所謂『容置身於富徳家』く契約）石井良助氏）とに區別され、前者の被官契約状として楓軒文書纂二〇（朽木八）所収のものをあげられる。

日本国六十余州大小神祇殊当庄河内之大明神針畑惣社之御罰罷可蒙候、然上者、於後日心中不相替、可致奉公候、此旨をもつて可然様に御兩人預御被官者、畏入可存候、仍為後日之状如件、

文明十年正月廿八日

〔花押〕

これに対して、身曳——物の賃貸借と同一法概念としての自己賃貸借（あるいは自己賃入）——による被官契約の隷屬性を示すものとして、「飢饉の結果、生活に困窮して、已を得ず、『容置身於富徳之家』（新篇追加第七六条）き、その所従となる場合」をあげられ、永正八年の身曳状を紹介されている。これに準ずるものとして、「債務の弁済に代へて、債務者（或はその子息等）が債権者に対してその身を曳進める場合である。これには予め、借用証に於て、身曳を特約して置くことがある。相良家文書之一、第四二号正和二年八月四日鎮西下知状に『右如道心所進了信状者、借用錢六貫文不致弁者、可被進退服仕之由所見也、仍召仕之』とあるが如き、即ち之である。その外、賦引付并徳政方に掲げた小嶋太郎右衛門宗重天文十六年十一月日申状に『右対川崎与三十三貫九百文預遣候処、依無其調法、捧一行、然者、可為譜代被官人之由申之、近日者、不能出入之条言語道慟也、所詮彼代物可渡付、不然者以被官人筋目可致成敗之旨、被成下御下知者、忝可畏存知候者也、仍謹上如件』とあるも注目値する。」とのべられている（中世人身法制雜考（一）——「法学協會雜誌」五六卷九号、五六頁以下）。

自己質貸借を意味する身曳状であるが、右に紹介された天文十六年十一月日申状は、譜代被官人でありながら（債務の弁済のための身曳）、『近日者、不能出入之条言語道慟也』といった被官人の自由な行動があることを問題としている。すなわち、身曳の本質に自己自身の質貸と自己の労務の質貸との分化を示唆するのが認められるのである。身曳状は、被官契約にもとづいて作成されるが、身曳という行為に自己自身の質貸と自己の労務の質貸とが包括されるという意味において、主従契約の系譜にあり被官契約が下部契約としての被官契約を含むことが推定され、事実上の人身売買を意味する身曳までも下部契約としての被官契約の系譜において把握される場合があったことを示している。

それ故、石井良助氏が、新篇追加第七六条の『容置身於富徳家』く契約を「人身売買系統の下部契約」たる被官契約（『中世人身法制雑考（二）』—「法学協会雑誌」五六卷九号、六一頁）として人身売買を前提として下部契約を把握されたことには問題があり、むしろ下部契約としての被官契約を前提とし、その系譜において、事実上の人身売買を意味する身曳が把握される場合があったと考察すべきではなからうか。秀吉の奉公契約に対する厳格な関心をかかせる人格主義の雇傭法——被官契約の断絶の徹底化の権力政策としてみることができるのである。この政策は、徳川幕府の皮相的欺瞞的な人身売買禁制にもひきつがれた、と考察しうる。

検地、刀狩、身分の固定、皮相的欺瞞的な人身売買禁制をもってする被官契約断絶の徹底化という権力政策は、要するに農民の自治組織を解体し、他律的なライトゥルギー団体（強制団体）へと逆立ちせしめ、かかる逆立ちを通じて漸く農民の土地緊縛が可能となったのであって、牧氏の如く、かかる組織の問題を無視し、皮相的欺瞞的な人身売買禁制をもって直ちに権力の農民の掌握を意味するものとみなすことは、必ずしも正当ではないのである。

戦国大名以降の支配権力が被官契約、とくに人民の側からする自由な被官契約を断絶することに苦慮していたこと

は、次の事柄によってこれを理解しうるであらう。

天文十三年の今川義元朱印状に注目すべきである。

今川義元朱印状（七条文書）

薰皮毛皮滑革・以下れんしやく商人・他国江皮を致ニ商売と云々。其所来町人等皮を持・否事問尋。荷物隠・置者糾之押置可ニ注進・申。但寄ニ絆於左右ニ荷・物遣乱不レ可申。或号ニ権・門被官。不レ勤ニ其役ニ之類・堅可ニ申付。有ニ先例ニ故皮・留之趣如レ件。

天文十三甲辰

四月廿七日

大井掃部丞殿

右文書によれば、かわた層に対する、権門との被官契約締結の禁止への厳格な関心があらわれていることを認めることができる。かわた層の被官契約締結の動向に対して、まず第一に厳格な関心を有したことは、被官契約が人民の最下層にまで浸透することが、人民の根源からの解放・革命の運動につながることを、戦国大名の権力関心は、細心の注意をもって観察していたのである。

五

徳川幕府の元禄十一年の年季制限撤廃の問題について、私は、この時期に、農民の自治組織と関連をもちうるような自由な奉公契約（百姓主取り）——譜代奉公・被官契約が完全に息の根をとめられ、むしろ、普通年季奉公に——そ

れが必ずしも通説でいわれているような債權法上の自由契約への發展を示すものではなく——身売的年季奉公の性格が浸透しつつあるという逆立ちの現象がみられることを指摘した(普通年季奉公の請状が奉公契約と人請契約の一体化したものであることの問題性については、既にふれたが、人請契約という面に石井良助氏が「本人が切支丹でないこと、公儀の法律に背いた者でないこと等、警察の事項を担保する点において、その責任は身元保証人のそれより広いといえましょう。」——「江戸時代漫筆」——とのべられたような性格が潜在していることに注意すべきである)。そして、かかる普通年季奉公の反動化の趨勢が(それは、時代は下るが、元文三年の味舌上村の『人別宗旨御改牒』において、奉公關係に『久り』という親族關係の断絶行為を意味する家父長制觀念の準用が認められる事実によって立証される)、年季制限撤廢の圧力となったことを論じたのである。

牧英正氏は、「近世日本の人身売買の系譜」においては、延宝三年水害による特例として人身売買および永年季を公許したが、それを再禁止することによって生ずる繁多の事務を回避するために——譜代奉公人の減少という事実とあいまって——、年季制限の撤廢にふみきった、とされる。しかし、譜代奉公人(永年条奉公)の減少が全国的現象であるならば、元の年季制限にかえることは、それ程の繁多な努力を必要とするものではない。この点に、牧氏の見解の理論上不当なる所以が存したのである。

しかるに、牧氏は、近著「雇用の歴史」において、ふたたびこの問題を取りあげられ、幕府は、この時期に初期の小農維持政策を変更し、精農主義にのりかえたこととされ——「不安定な小本百姓に依存する政策にある程度見切をつけ、精農主義にのりかえた」——、「幕府の人身売買と永年期の禁止が、幕府の初期に固守しようとした本百姓体制の維持をめぐる土地に対する政策と関連をもっていたことは、すでに述べた。土地に対する政策はこのとき大きい変化を

していた。幕府は旧套墨守をやめた。田畑の流質を認めれば、田畑を失ふ百姓が生ずることを避けられない。譜代契約の禁止をはずすことは田畑を離れた百姓を安定させる便法でもあった。かつ、譜代は事実上消滅しつつあったからこれにより急激な変化の恐れはない。長年季禁止を撤廃する法が前述のように三条からなっていたことは意味のないことではなからう。」とのべられている（同書、一〇五頁）。

事実上消滅しつつあった譜代契約に、その禁止をはずすことにより、田畑を離れた百姓を安定させる便法たる意義を託すということは、存続している譜代契約にそのような意義を託すということであれば、理解しうるのであるが、消滅しつつある譜代契約に、田畑を離れた百姓を安定させるといった重大な使命を如何にして託しうるのか、たとえそれが便法であるとしても（重大な使命をもつ便法である）、その論述の理論的趣旨を理解することが困難となるのである。

ただし、年季制限撤廃の問題と農村の体質の変化（いうまでもなく都市の体質の変化も関連する）と関連づけられたことは、首肯されるべきである。

都市・農村の体質の変化とは、自治の喪失であり、他律的強制団体としての都市農村の編成である。これに対応して経済史の問題としては江戸中期以降の農民層の分解が——したがって雇用関係の増大が考察されなければならないのであり——他律的団体のなかに生成してきた寄生地主層は、決して自由な奉公関係を形成する主体とはならなかったであろう。むしろ反動的な家父長的な奉公関係を推進するにすぎなかったであろう。——、かかる状況のもとに、身売の年季奉公の盛行と普通年季奉公の反動化の傾向が、顕在化しつつあったのである。身売の年季奉公が年季を限

っているとしても、遊女の平均年齢が、二十二、三歳であることを思えば（牧英正「人身売買」一五一頁）、年季がおわる頃には死亡していたと推定して差支えない。実質的には永年季と相違するところはなかったのである。このような性格の身売的年季奉公の盛行は、寄生地主制の形成とあいまって、普通年季奉公の反動化をうながすものであったと推定される。解禁された譜代契約は、その名称が同じであるとしても、初期の譜代契約とはその本質を全く異にする、とみるべきである。反動化した普通年季奉公の別称と認めるべきである。このような普通年季奉公の反動化・家父長的奉公関係への逆行の趨勢を公認するところに、年季制限撤廃の本質がある、と考察することができる。しかも、形骸化した欺瞞的人身売買禁制は、依然として固守されていたのであるから、「幕府は旧套墨守をやめた」わけではないのである。

牧正英氏は、安永六年五月の幕府の法令を紹介しておられるが（「雇用の歴史」一〇九頁）、その法令中には、『近在方村々のもの共、耕作を等閑ニいたし、却て困窮等の儀申し立て、奉公稼ニ出候もの多く、所持の田畑を荒し置候類これ有る由相聞え、不埒の至ニ候云々』とあり（同様の状況は榎井村文書にも指摘することができ——宝永五年正月廿九日の『相定申堅約之一札』には、『抑榎井村大河抱、過太之修理勤、田地ハ田方之畦ニ被詰、尺寸之空地もなく、野山の除地もなく、殊ニ南海道之道端ニ而諸役多勤、徳ハなく費ハ多、稼共不調、励共不足故、勇徒之者ハ他国ニ稼ハ留之居之男女老少共二百姓を勤而、粉骨を碎候事』云々とある——）、権力側が年季を制限せざるを得ない事情と年季制限を撤廃せざるを得ない事情といった矛盾する事態におこまれていることを明示している。権力側としては、能う限り農民を村方に定着せしめたいのであり、年季制限をゆるめたくはなかったのである。それにもかかわらず、極度の貧困状況におちいったライトウルギー的強制団体としての農村は、奉公出稼人を輩出せざるをえず、その重庄こそが特定の事件を契機とし

たとはいえ、幕府をして年季制限の撤廃にふみきらせたのである。

しかも、右述したように、自治を喪失した都市農村に、自由な労働契約への展望を有しうるような普通年季奉公契約——年季の長短なりそのような奉公契約の本質までも測定することは不当である——が確立されることは、困難であり、普通年季奉公の反動化、普通年季奉公の身売の年季奉公への接近の動向が看取されるのである。

このことを端的に証明する事実は、普通年季奉公の一種として妾奉公が位置づけられているということに認められる。人別帳にも妾という記載はなく下女という記載があるのみである。妾の手切証文には、遊女奉公人請状と同様、『当人得心の上』なる文言があり、両者の性格の酷似——人身売買よりの系譜を示唆する如き——するものがある。妾奉公に『安囲』といった遊女奉公と同質の形態がみられるという事実をみれば（大竹秀男氏『家』と女性の歴史）八一頁以下）、かかる安囲といった妾奉公までも包括しうる下女奉公——普通年季奉公なるものが如何なる体質をもつかは（家父長的体質を有する奉公関係という側面の存すること）、既に明白な事柄であるであらう。