

## 民事判決原本研究の射程 —私と民事判決原本研究—

村上 一博

民事判決原本研究の射程、言い換えれば、民事判決原本を研究の素材とすることによって、どのような新たな知見がえられるのか、この問いに対して正面から答えられるだけの力量を私は持ち合わせていない。民事判決原本を検討した著書としては、保存運動に中心的役割を果たされた林屋礼二・石井紫郎・青山善充の三氏の編著になる『図説・判決原本の遺産』（信山社、1998年）および『明治前期の法と裁判』（信山社、2003年）や、瀧川叡一『明治初期民事訴訟の研究』（信山社、2000年）、林屋礼二『明治期民事裁判の近代化』（東北大学出版会、2006年）などの労作がすでに上梓され、また多くの個別論文も発表されているので、我々はこうした著作から、民事判決原本を検討することで明らかとなった多様な研究成果を知ることができる。そこで、以下の拙文では、とくに婚姻法分野における私自身の研究の跡を簡単に振り返ることを通して、判決原本研究の魅力のほんの一端を垣間見ることにしたい。

民事判決原本を素材とした私の最初の研究は、「明治民法施行以前における離婚裁判の一考察」（『法制史研究』第36号、1987年）である。神戸大学大学院博士後期課程に在籍していた1984年、当時、京都地方裁判所に所蔵されていた明治期の民事判決原本を閲覧する機会に恵まれ、およそ半年間にわたって同裁判所に足繁く通い、夢中になって筆写に明け暮れた日々は、今も忘れがたい楽しい思い出である。従来知られていた「先例」（行政通達類）によると、妻側からの離婚訴訟は夫が2年以上行方不明であるか、懲役ないし重禁錮1年以上の刑に処せられた場合、夫側からの離婚訴訟は妻が行方不明である場合にしか許されていなかった。しかし、京都地裁判決をみると、「先例」の枠を大きく超えて、夫の処刑（懲役ないし重禁錮1年以下の場合を含む）・暴行・不貞、妻の行方不明・不貞・処刑・不行跡などが離婚事由として認められており、しかも、旧民法公布以前にはフランス民法が、公布以後には旧民法（身分法第一草案を含む）が裁判基準として適用されて、もっぱら妻の離婚意思が保護されていた。また、妻は夫家からの「追出し」に対して、離婚差拒みの訴訟によって対抗しており、裁判所も「不熟」や「不得意」といった「追出し」離婚を認めていないことも明らかとなった。江戸期における夫専権離婚慣習が明治期に入っても継続・残存していたと

村上 一博（むらかみ かずひろ）：明治大学法学部教授。博士（法学）。『日本近代婚姻法史論』（法律文化社、2003）、『明治離婚裁判史論』（法律文化社、1994）など

みる従来の通説的見解に対して、民事裁判例の実態分析から、修正を迫ったのが右の拙稿であった。

その後、最高裁判所をはじめとして、東京・大阪高等裁判所、東京・大阪・高知・金沢・大分地方裁判所、中村（高知地裁管内）・中津・竹田・玉津・臼杵（以上、大分地裁管内）簡易裁判所などに所蔵されていた民事判決原本について調査を進め、離婚裁判例の検討を深めていった。その結果、離婚原因の特定を軸とした有責主義離婚のみならず（とくに旧民法が公布される以前、有責主義が未成熟な時期には）、時宜に応じて、妻側からの離婚訴訟権を創設した明治6年太政官第162号布告に則って、婚姻関係の実質的な「破綻」を認定して、妻側からの離婚請求を認め、あるいはまた、夫の暴虐行為の事実認定が困難な場合に「破綻主義」を導入して妻の離婚事由を拡大しようとした判決例が発見されたほか、婚姻中の嫡出推定や、子に対する親の養育監護義務といった、今日の家族法の基本的観念について、萌芽的な判決例が確認された（離婚の身分的效果）。しかし、その反面では、慰謝料的性格の強い道義的な離婚給付のほかに、妻への財産分与といった夫婦財産の清算的観念を判決例に見出すことはできなかった（離婚の財産的效果）。私の最初の著書となった『明治離婚裁判史論』（法律文化社、1994年）は、こうした一連の離婚裁判研究を纏めたものである。

上の拙著は、明治民法が施行される以前の離婚関係判決の分析に終始していたが、2冊目の著書となった『日本近代婚姻法史論』（法律文化社、2003年）は、時期的には、幕末から（明治民法施行以後の）大正期に及び、検討の対象としては、婚姻の成立要件、子（嫡出子・私生子）の認知、妾の法的地位、法曹（司法官・代言人）の婚姻観など多様なテーマに広がるものとなった。同書から、3つの論点を取り上げて、判決例から得られた知見を紹介しておこう。(1)婚姻の成立要件：明治民法施行以前の婚姻方式については、法律婚主義が確立していたとする法律婚説と未確立であったとする事実婚説とが対立してきたが、東京控訴院の判決例を用いて、控訴審段階における婚姻成立の形式的要件と実質的要件について検討してみると、事実婚を承認するのが判決例の基調であり、事実婚の判断基準は、婚姻当事者の婚姻意思（親権者の同意にも配慮されている）を前提として、婚姻儀式（媒酌・結婚式など）の挙行、同居（さらには子の出生）の実態に求められていた。しかし、事実上の婚姻関係を確認しながら法律婚（届出）に依拠した判決例も存在していることから、戸籍届出を婚姻成立の「選択要件」の一つとみる見解が妥当であるという結論に至った。(2)子（嫡出子・私生子）の認知：明治民法施行以前において私生子認知の請求は、明治6年太政官布告第21号に依拠して、悉く退けられていた。父と指名された男性が当該私生子を己の子と任意に認めない限り、たとえ生母と男との私通関係が明白で事実上の父子関係が証明される蓋然性が高い場合であっても、およそ父は子の認知および身柄引取りを強いられることはなかったのである。もっとも、いくつかの判決例では、事実婚が肯定

され、その効果として子が父の「実子」であることが確認されれば、父が子を引取り、戸籍に編入して養育すべきことが命じられている。この場合、「嫡出子」として父方戸籍に編入されたのか、「庶子」としてであったのかは判決文からは知りえないが、少なくとも事実婚から生まれた子は例外なく「私生子」として処理され、明治6年太政官第21号布告が適用されたとする従来通説は修正を要することとなった。(3)妾の法的地位：妾は明治3年12月の新律綱領において妻と並んで夫の二等親すなわち配偶者と位置づけられ、その地位は明治15年に旧刑法が施行されるまで維持された。しかし、夫妻関係をめぐる判決例は、夫婦関係の場合と比較してあまりに僅少であり、このことから配偶者としての妾の権利保護は妻に比べて著しく希薄であったことが推測された。わずかな事例とはいえ、夫妻関係を扶養契約ととらえて妾に対する食料支給の中断を離婚事由と認めた判決例、これとは対照的に、夫妻関係を終生的な配偶関係と解して相互の協力扶助義務を強調した判決例や、夫死去後に夫家から「追出し」離縁の請求を退けた判決例などが見出された。

以上のような、明治民法施行以前における民事判決例の研究は、結局のところ、「先例」の検討によって、限られた僅かの個別法令の適用実態を解明しようとしてきた従来研究手法に対して、判決例という新たな検討材料を加えることで、法運用の実態像をいっそう明らかにし、また司法判断と行政通達との相違を浮き彫りにした点に、その意義を見出すことができるであろう。別の観点からいえば、確固とした裁判基準たる法典のない時代における、「条理」裁判の内容を明らかにしたのもであったとも言うことができる。

明治31年に明治民法が施行されると、依拠すべき裁判基準が明確となり、「条理」裁判は、条文解釈に則った裁判へと大きく移行していったが、とはいえ、最高裁判所による判例の先例としての拘束力は、今日と比べてはるかに希薄であったから、下級審裁判所の判決例を見ると、個々の裁判官による自由裁量の余地が極めて大きかったことが分かる。

例えば、(1)妾契約を、明治民法第90条の公序良俗に反して無効であるとする解釈によって、妾契約に付随する一切の請求を退ける例が見出される一方、雇用契約の一種とみて、妾からの給与請求を認めた判決例も見出される。また、(2)蓄妾を、妻に対する重大な侮辱と解して、離婚原因に含めようとする見解と、第813条の夫婦間の差別的規定（妻は姦通しただけで離婚原因となるが、夫は姦通罪で有罪とされた場合に限られた）に依拠して、離婚原因にならないとする見解が激しく対立していた。さらに、(3)明治民法第835条によって強制認知が認められるようになったが、認知を請求された男性が「多数関係者の抗弁」ないし「不貞の抗弁」を主張した場合に、大審院は、私生子側に、懐胎当時に母が他の男性と関係がなかった証明を求めた（認知請求が棄却される場合が多い）が、下級審では、立証責任はもっぱら男性側に課されていた

(ほとんどの認知請求が容認された) ことも明らかとなった。

従来、明治民法施行後の判例研究は、もっぱら、大審院民事判決録に収録されている若干の判決例に依拠して行われてきたのだが、今後は、民録に収録されていない判決例を含め、下級審の民事判決例を検討素材に加えることによって、これまでの「通説」は、かなりの修正を迫られることになるであろう。

最後に、代言人（明治26年以降弁護士）研究にも一言しておこう。民事判決例には、訴訟当事者の法定代理人として、しばしば代言人・弁護士が登場するが、判決文から彼らの弁論内容の詳細が知られることは稀であり、大半の場合、その要旨が知られるにすぎない。そのため、判決例の分析からだけでは、弁護活動の内容やその法理論について十分に知ることはできない。1992年末、法政大学大学史編纂室の調査によって、明治20年代から昭和初期にかけて兵庫県城崎郡豊岡町で活動した馬袋鶴之助弁護士の文書群（(1)訴訟代理契約書・依頼人との書信・各種領収書、訴状・答弁書、裁判所からの通知、(2)業務日誌・収支決算簿など）が発見された。その詳細は、川口由彦編著『明治大正・町の法曹』（法政大学出版局、2001年）に譲るが、弁護士の日常的業務にかかわる文書が、これほど纏まって発見された例は初めてである。馬袋文書中の事件書類と民事判決原本を照合し、相互補完的に利用することによって、馬袋の弁護活動と判決との関係が多面的に明らかとなった（『日本近代婚姻法史論』第11章参照）。これまで、一部の著名人を除いて、ほとんど研究が進展してこなかった在野法曹の研究についても、民事判決原本を検討素材の一部とすることで、新たな成果が期待されるのである。