

明治前期における裁判離婚法の一研究：妻の保護と くに妻の離婚意思の保護の立場から

山中, 至
九州大学法学部：助手

<https://doi.org/10.15017/16178>

出版情報：法政研究. 48 (2), pp.367-415, 1981-02-20. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

明治前期における裁判離婚法の一研究

——妻の保護とくに妻の離婚意思の保護の立場から——

山 中 至

目 次

- はじめに
- 一 妻勝訴判決の比率
 - 二 妻の訴訟当事者能力
 - 三 舅去の否定
 - 四 妻からの離婚拒否の訴
 - 五 蓄妾
 - 六 妻の人身保護
- むすび

はじめに

明治前期、すなわち明治維新以来明治三一年七月一六日明治民法施行以前までの時期においては、体系的離婚立法

は存在しなかつたと言える。明治二六年一月一日施行予定であつたいわゆる旧民法は、周知の民法典論争の結果、民法商法実施延期法律案が明治二五年六月一〇日貴衆兩院で可決され、同年十一月二四日法律第八号として公布され、明治二九年二月三一日までその施行が延期されることになった。さらに明治二九年二月二九日法律第九四号により一年半延期されることになり、実際には施行されなかつた。

明治六年五月一五日太政官布告第一六二号により、裁判離婚制度が創設された。

夫妻ノ際已ムヲ得サルノ事故アリテ其婦離縁ヲ請フト雖氏夫之ヲ肯ンセス之レカタメ数年ノ久ヲ経テ終ニ嫁期ヲ失ヒ人民自由ノ権理ヲ妨害スルモノ不少候自今右様ノ事件於有之ハ婦ノ父兄弟或ハ親戚ノ内附添直ニ裁判所へ訴出⁽¹⁾不⁽²⁾苦候事

江戸時代においては、通説的には、庶民間の離縁状には具体的離婚原因を明記せず、「不縁に付」「我等勝手に付」「心に叶はず候に付」などの慣用句を書くだけであり、また離縁状は夫から交付するものとされていたため、無因離婚であり夫の専権離婚であつたと理解⁽²⁾されている。

したがって、この第一六二号布告によって妻の離婚請求の訴を「人民自由ノ権理」として是認したことは画期的改革であつた。しかし、「已ムヲ得サルノ事故」がある、すなわち妻に離婚請求原因があると判断するのは裁判官であり、その裁判官は明治八年六月八日太政官布告第一〇三号「裁判事務心得」

第三條

一 民事ノ裁判ニ成文ノ法律ナキモノハ習慣ニ依リ習慣ナキモノハ条理ヲ推考シテ裁判スヘシ

第四条

一 裁判官ノ裁判シタル言渡ヲ以テ将来ニ例行スル一般ノ定規トスルヲ得ス

第五条

一 頒布セル布告布達ヲ除クノ外諸官省隨時事ニ就テノ指令ハ将来裁判所ノ準拠スヘキ一般ノ定規トスルヲ得ス⁽³⁾

によって明らかかなように、成文法の完備していない当時の状況にあっては窮極的には「条理」によって裁判していたと言っても過言でないであろう。⁽⁴⁾

明治六年七月一七日太政官布告第二四七号「訴答文例」により離婚訴訟手続が規定され、九月一日施行以来裁判離婚が行なわれるようになったが、『大審院民事判決録』『裁判粹誌』以外には、『甲府地方裁判所判決録』⁽⁵⁾を除き全
国の裁判所の民事判決原本は公刊されていない。

穂積重遠博士が「斯くして明治六年九月一日から明治式の相互的離婚訴訟が行はれることになったのであって、其以来民法施行に至るまでの諸裁判所の離婚原因に関する判例が分ると面白からうと思ふが、其材料が一寸手に入らない。差当り手近な材料で民法施行前の離婚原因を知らせるものは、太政官内務省司法省等の指令回答類である。」⁽⁶⁾と指摘されているように、この史料の制約のため、明治前期における離婚原因論の研究は、太政官・内務省・司法省等の指令・回答と地方諸官庁の伺・照会を素材としてなされてきた。⁽⁷⁾ 下級裁判所の判決原本に拠る研究は未だ一業績しか見出せない現況である。⁽⁸⁾

わたくしはまさにこの従来空白となっていた領域において、離婚原因論の研究に着手するものである。本稿の主な

説 素材は、熊本地方裁判所に保管⁹⁾されている明治八年以降三一年までの民事判決原本約一六〇冊の中から抽出した離婚関係の判決例である。これらを検討することにより従来例えば森泉章教授のいわれるように「明治前期の判例離婚法は、妻の忍従、従順を基礎としておこなわれ形成された観を呈するのである。いいかえれば、男子専権離婚判例法だったのである。」¹⁰⁾とか、また加藤美穂子氏によって、「明治前期における離婚法は、まさに人間性不在の離婚法であり、とくに妻子にとつては冷酷な離婚法であったと言いつては言い過ぎになるうか。」¹¹⁾と言われてきた離婚原因論の再検討を試みるものであり、当時の婚姻観・夫婦観の実像を浮上させようとするものである。それは、「已ムヲ得サルノ事故」すなわち「条理」の具体的内容は何かという究明に外ならない。

以下、本稿では熊本裁判所の事案を中心として、判決例にあらわれた妻の保護とくに妻の離婚意思の保護に焦点をおいて、論考を試みる。

(1) 外岡茂十郎編・明治前期家族法資料一巻一冊一六八頁。堀内節編・明治前期身分法大全二巻二二六頁。
この一六二号布告は、次のような明治六年五月七日の司法省伺によって出されたものである。

夫婦ノ間不和又ハ其他ノ仔細ニテ到底縁不相成モノ婦ヨリ離婚ヲ乞フニ至テ其夫故ニ牽制シテ数年ヲ経ルト雖モ其離婚ヲ承諾セス剩サヘ他ノ婦ヲ入ルル等ノ醜風民間ニハ比々トシテ有之候処其婦ニ於テハ一度嫁シテハ夫ノ離婚状ヲ得サレハ更ニ嫁スル事能ハス在再数年ヲ過ルニ及ンテハ年令既ニ老ヒ再ヒ嫁スル能ハサルニ至リ依テ一生ヲ誤スルモノ不少憫然ノ至ニ有之右ハ元來一定ノ法則モ無之ヨリ婦人ノ權利ヲ抑制スルト苛虐ノ所行ニ相渉リ夫ニ於テハ靦然トシテ怪マス婦ニ於テハ告訴スル処ナリ傍人モ又如何トモスル能ハサルニ至ルト実ニ盛世ノ瑕瑾ニ有之尤モ不日民法御施行相成候ハ、右等ノ醜風ハ一洗可致候ヘ共差向当分ノ処右訴訟ヲ開キ裁判所ニ於テ其事情ヲ酌量シテ審判ヲ遂ケ其權利ヲ保全セシメ候様致度ニ付別紙ノ振合ヲ以テ御布告相成候様致度見込ニ有之候依テ為御參酌此段相伺候也(太政類典二編三三〇卷一九項。堀内

編・前掲資料二二六頁。）

また石井良助教授は、一六二号布告の公布推進者を江藤新平と推断されている。（石井、「明治初年の離婚法―離婚原因の研究―」法制史論集二卷四三三頁以下）

- (2) 高柳真三・日本法制史(一)三〇〇頁、同「近代以前の離婚」講座家族4二二四頁。石井良助・日本法制史概説五六六頁、同「江戸時代の離婚状」法制史論集二卷七五頁など。しかし妻側からも一定の事由があれば離婚を請求できた。夫が無断で妻の衣類等を質入した場合は妻の親元から離婚請求できたし、夫が出走して一〇月（後に一二月に改正）経過すれば妻の再婚を自由とした。また縁切寺制度や武家屋敷などへの駆込（「縁切奉公」の慣行）によっても妻からの離婚は許された（高柳・前掲書三〇〇頁以下、同・前掲論文二二五頁以下。石井・前掲書五六六頁以下、同・前掲論文七七頁以下、同・江戸の離婚二九頁以下、一〇九頁以下、同「縁切寺―東慶寺の場合―」法制史論集二卷一四三頁以下。井上禪定・駆込寺。五十嵐富夫・縁切寺。高木侃・縁切寺満徳寺史料集、同「縁切寺満徳寺―縁切寺法手続を中心に―」関東短期大学紀要一五集三七頁以下、同「離婚状に関する若干の考察―縁切寺における離婚に関連して―」同一六集七三頁以下。穂積重遠「離婚状と縁切寺」離婚制度の研究三頁以下、同「縁切寺満徳寺」同書一七五頁以下など。）
- (3) 外岡編・前掲書二四五頁。
- (4) 穂積陳重・法律進化論一冊二二八頁以下。小早川欣吾・続明治法制叢考四一九頁以下。牧健二「明治八年民事裁判の原則」法学論叢一七卷二号三四九頁以下。杉山直次郎「明治八年布告第一〇三号裁判事務心得と私法法源」法源と解釈一頁以下。石田穰「明治八年太政官布告一〇三号」民法学の基礎一七七頁以下。
- (5) 九州大学法学部には、明治二八年七月一二日発行の米山信八編纂『甲府地方裁判所判決録』という蔵本がある。明治二三年以降明治二七年までの民事判決一四四例と刑事判決一五六例が掲載されている。夫が婿養子でない場合の離婚関係の判決として、明治二六年六月二三日判決、同二七年三月三十一日判決、同年五月二十七日判決の三例がある。
- 明治二七年三月三十一日妻とその父から夫に対する「夫婦離別并送籍請求事件」は、約五年前に夫は家出し今日に至るまで妻を遺棄して顧みないことを理由としているが、離婚送籍請求が認められている（欠席判決）。また同年五月二十七日妻

とその父から夫に対する「離婚送籍請求事件」は、結婚の際、後日夫に不行状があり家内和合しない時は何時でも離婚復籍するという証書を授受していることは証人の陳述によって相違ないことであり、また現在夫は家宅侵入罪により重禁錮三月服役中であるから、「広作（注、夫の名）ハ平素ノ所業善ラスシテ苛甚ヲ加ヘ夫婦ノ倫ヲ完フスル能ハサルモノト認定」し、妻側の請求が認められている。

(6) 穂積「民法施行前の離婚原因（離婚原因論の一）」前掲書六九九頁。

(7) 穂積重遠・前掲論文六九五頁以下。高柳真三・明治家族法史（法學理論篇83）五四頁以下、同「明治民法以前の離婚法」家族問題と家族法Ⅲ一二五頁以下、同「明治前期における婚姻法の成立（二・完）」法律時報 四卷二二五頁以下。中川善之助・私法史（法律史後篇）一二〇頁以下。石井良助「明治初年の離婚法―離婚原因の研究―」前掲書四三二頁以下。大竹秀男・「家」と女性の歴史二五七頁以下。堀内節・加藤美穂子「明治前期における離婚法」講座家族 4 二三七頁以下。加藤美穂子「明治前期における離婚法―先例を中心として―」(二)法學新報七六卷一一・一二号一〇七頁以下、七卷七・八・九号一三九頁以下。玉城肇・新版日本家族制度論二〇四頁以下など。

資料集としては、外岡編・前掲資料全一冊、堀内編・前掲資料（未完）既四巻がある。

(8) 森泉章「明治民法施行前の判例離婚法―福島裁判所判決例を中心として―」福島大学商学論集三二卷三号一七九頁以下。

(9) 熊本裁判所は明治九年九月一三日に設置（太政官布告一一四号）、同年一月二〇日に開庁（司法省達七九号）された。明治一五年一月一日に熊本始審裁判所、明治二三年一月一日には熊本地方裁判所と改称された（熊本地方裁判所総務課編・熊本地方裁判所沿革誌・昭和四一年）。

(10) 森泉・前掲論文二一三頁。

(11) 加藤・前掲論文（二）一九八頁。

一 妻勝訴判決の比率

熊本裁判所の離婚訴訟判決の全体的状況については、「表1」が年代別判決件数を表している。

〔表1〕年代別離婚訴訟件数

		明治年数										計												
		10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27	28	29	30	31	計
夫が非 婿養子 の場合	妻側からの離婚請求訴訟	0	0	3	4	4	3	1	1	0	0	0	1	1	0	0	3	1	5	5	2	4	1	39
	夫による妻呼戻訴訟	0	0	3	3	2	2	2	2	0	0	0	0	0	0	0	0	1	0	0	1	0	0	16
	妻側からの復籍請求訴訟	0	0	0	0	2	1	3	1	0	0	0	0	0	0	1	1	1	2	0	4	1	0	17
夫が婿 妻側から 訴訟	養子の場合、離婚縁	1	0	3	1	1	1	2	0	0	0	2	0	1	0	0	0	0	5	0	0	2	1	20

夫からの妻呼戻訴訟は、離婚を決意し実家に帰っている妻の呼戻請求であり、裏返の意味では離婚訴訟である。妻側からの送籍請求訴訟は、協議離婚後、夫が妻に対する未練や妻の再婚などに対する嫌がらせのために、返籍手続を拒否している事例である。裁判所で協議離婚成立の有無を判断し、返籍請求の諾否を裁定しているので離婚請求訴訟の範疇に含めることにした。また夫からの離婚請求訴訟は見出すことができなかったが、夫が瘋癲となったために、不貞と財産奪取を理由に夫の実姉からの妻の離婚請求の訴が一例あった。¹⁾

〔表2〕によれば、妻側勝訴判決の比率がきわめて高いことが注目される。

婿養子²⁾の場合には、放蕩、犯罪による処刑、行方不明、養親に対する不孝などが離婚原因とされている。養子の目的は養家の家産維持と養親に対する孝養であり、これに反する行為は離婚原因とされている。夫である婿養子が離婚された場合、妻との離婚効果をともなうのかどうか、判決例上明確でない。婿養子離婚判決は二〇例見出すことができるが、一六例が養父母による婿養子離婚請求である。妻からの婿養子である夫に対する離婚請求は一例、妻とその親族からの離婚離婚請求は三例にすぎない。明治前期においても、「離縁」「離別」が離縁と離婚の両意味で使用されている。婚姻の当事者間においては江戸時代と同様に、婿養子は離縁されると、妻との婚姻関係も同時に解消すると考えられていたのかもしれない。

夫が婿養子でない場合の離婚訴訟は、(A)妻側からの離婚請求訴訟(B)夫からの妻呼戻

〔表 2〕 妻側勝訴判決件数

夫が非嫡養子 の場合	妻からの離婚請求訴訟	28例中22例	39例中31例
	妻と妻の親族からの離婚請求訴訟	3例中2例	
	妻の親族からの離婚請求訴訟	8例中7例	
	夫からの妻呼戻訴訟	16例中10例	同 左
	妻からの復籍請求訴訟	8例中5例	17例中12例
	妻と妻の親族からの復籍請求訴訟	2例中1例	
	妻の親族からの復籍請求訴訟	7例中6例	
夫が嫡養子の場合、妻側からの離婚離縁請求訴訟		20例中14例	同 左

訴訟③妻側からの復籍請求訴訟に大別でき、さらに①妻からの離婚請求訴訟②妻と妻の親族からの離婚請求訴訟③妻の親族からの離婚請求訴訟④夫からの妻呼戻訴訟⑤妻からの復籍請求訴訟⑥妻と妻の親族からの復籍請求訴訟⑦妻の親族からの復籍請求訴訟に類別できる。各ケース別の訴訟件数と妻側勝訴件数は〔表 2〕で表わされている。各ケース別の妻側勝訴比率は、①七八、六パーセント②六六、七パーセント③八七、五パーセント④六二、五パーセント⑤六二、五パーセント⑥五〇、〇パーセント⑦八五、七パーセントである。④の夫から実家に帰っている妻を呼び戻す訴は、実質的には夫による離婚拒否を意味するのであるが、一六例のうち夫勝訴は六例（三七、五パーセント）にすぎない。

二 妻の訴訟当事者能力

前掲の明治六年五月一五日太政官布告第一六二号により、妻は裁判離婚請求ができることになった。二カ月後の七月一七日次のような民事訴訟法というべき太政官布告第二四七号により離婚訴訟手続が規定され、九月一日施行された。⁽³⁾

今般訴答文例並附録別冊ノ通被相定候に付来ル九月一日ヨリ被告人共訴答文式都テ此例ニ照準可致此旨相達候事

（略）

第十五条 夫妻離別ノ訴状

夫妻離別ノ訴状モ住所氏名ノ次ニ夫妻ノ氏名生年及ヒ婚姻ノ年月日ヲ標記シ次ニ其戸長役場へ届置キタル戸籍人別ヲ写載シ次ニ離婚ヲ為スコキ原由ヲ書ス可シ

原告人夫ナレハ其父母若シ父母在ラサレハ祖父母祖父母在ラサレハ尊族ノ親尊族ノ親在ラサレハ同等ノ親同等ノ親在ラサレハ卑族ノ親卑族ノ親在ラサレハ近隣又ハ朋友ノ内二人以上ノ奥書連印ヲ為スコシ附録第六号ヲ見合ス可シ

原告人妻ナルモ前条ニ照シテ其父母親族等ヨリ訴フ可シ若シ事危急ニ出テ親族等ニ告ルニ暇ナキ時ハ自ラ訴フ事ヲ得可シ

（略）

訴答文例附録

（略）

第六号

妻離別ノ訴狀

妻離別ノ訴		原告人	住所
		身分	氏名
夫	氏名 当何歳	被告人	住所
妻	氏名 当何歳 年月日娶ル	身分	氏名
某御役所ニ差出置候年月日ノ戸籍人別帳ノ 写 左ノ如シ 人別帳云々			
右原告人氏名申上候云々		住所	氏名 印
	年月日	身分	
前書申上候処相違無御坐候		代書人	住所
	年月日	氏名 印	
原告人ノ祖父 母父母等		住所	氏名 印
		身分	氏名 印
某		御裁判所	

この第一六二号布告と第二四七号布告との解釈から、妻は単独で裁判離婚の訴訟当事者になれるか否かの問題が生じる。

第一六二号布告は妻に離婚請求権を認めたものであり、夫については不分明であるが、第二四七号布告により夫妻に離婚請求権があることは明白である。第二四七号布告の第一五条により、夫は二人以上の奥書連印があれば訴訟当事者となれるが、妻の場合は、「父母親族等ヨリ訴フ可シ」とあり、危急の場合には自ら訴えることができる規定されている。妻自身が訴訟当事者となれるのは危急の場合に限るとも解され、従来解釈の分れるところである。

〔穂積説〕⁴

法文には多少曖昧な点があるとしながらも、妻自身が訴訟当事者であり、父母親族等は付添人であるが、実際上は妻とその父母親族等が共同原告として訴訟当事者になるのが普通であつたらしいとする。

〔高柳説〕⁵

妻の父母親族等は共同原告となるのか、妻の代理人的地位に立つのか明瞭をかくが、妻の側の離婚請求権は、妻とその父母親族の一团に与えられたものであり、場合によりいずれか一方がこれを単独行使することがまとめられたと解する。また慣例上妻は父母親族等と共同原告となることも認められていたとする。

〔玉城説〕⁶

父母親戚は単なる付添人ではなく妻と共同原告となるのが普通であり、いかに止むを得ない事情があつても妻自身から夫の非行を訴えて離婚請求することはありえないとする。

〔外崎説〕⁷

〔表3の1〕妻側からの離婚請求訴訟

原告	時 期 明治24年 4月1日 民法 施行前	同法施行後
父母親族	5	2
妻と父母親族	0	3
妻	13	16

〔表3の2〕夫からの妻の呼戻訴訟

被告	時 期 明治24年 4月1日 民法 施行前	同法施行後
父母親族	3	1
妻と父母親族	3	1
妻	8	0

原則として父母親族等が訴えるべきであり、妻自身が訴えることができたのは事急を要する例外的場合であったとする。⁸⁾
 〔森泉説〕
 妻からの離婚請求の場合には、妻自身が原告となりえるが、夫からの妻離別の訴訟では妻は被告となりえないとする。⁹⁾
 〔加藤説〕
 夫による専断的離婚行使の拒否訴訟において妻は原告となりえないとする。

熊本裁判所の妻側からの離婚請求訴訟〔表3の1〕によると、明治二四年四月一日民事訴訟法施行以前の時期において、妻が単独原告となるケースが一三例（七二、二二パーセント）ある。また夫からの実家に帰っている妻呼戻訴訟〔表3の2〕によると、同法施行前において、妻が単独被告となるケースが八例（五七、七パーセント）ある。離婚訴訟当事者は夫妻自身に限るとされた民事訴訟法施行前においても、¹⁰⁾妻は単独で原告・被告になりえたのであり、それ

は父母親族が原告・被告となるケースや妻と父母親族が共同原告・被告となるケースよりも高い比率を示している。当事者間の問題ということが強く意識されていた訳である。

明治一三年一月八日判決例に、「抑夫婦ノ契約ヲ解除セント求ムルハ宜クこの（注、妻の名）ト被告（注、夫）トノ間ニアルヘキ者ナレハ原告（注、妻の父兄）カ本訴ノ請求ハ之レヲ至当ノ事トハ言フヲ得ヘカラサルモ更ニこのヲ召喚シテ其意見ヲ問ヘハこのニ於テモ飽迄離縁ヲ望ム旨ヲ申立被告ニ於テモ亦此点ニ就テ故障ヲ為ササルカラハ被告ハ宜ク第一号証（注、『向後屹度相改家内睦敷相暮可申若万一又私（注、夫）ヨリ違乱等仕且又強氣ニテ過等仕候ハ其限暇状ニモ及不申御取返シ可被下候』との文言記載がある。）ノ契約ニ基キ原告ノ求ニ応ジこのノ意思ニ従フヘキ者ナリ」とあるように、妻の父兄等から夫に対し離婚請求できるのは、妻自身の離婚意思に基づいているからであり、原則として離婚訴訟当事者は妻と夫と考えられていたのである。

三 舅去の否定

江戸時代においては、法律上、夫が死亡または勘当された場合、舅はその妻を離別することも認められており、これを舅去といった⁽¹²⁾。高柳真三教授によれば、これは、婚姻の当事者が本人というよりも親であったことを示すものであるとも言われている⁽¹³⁾。

熊本裁判所の判決例によると、亡夫の父母らによる一方的な嫁離別は否定され、妻の嫁の意思が尊重されている。

明治一三年八月三〇日判決例⁽¹⁴⁾では、夫死亡後妻は実子の後見人として舅に相談もしないで地所を書入すなわち抵当に入れたのであるが、その行為により原告の舅は嫁を離別したのである。この舅に対し次のように判示している。「抑夫婦ハ人ノ大倫ナリ尚且メニ他人カ之ヲ論別シ之ヲ隔絶セシム可キモノニアラサルハ自然ノ情理公衆カ信認スル

処ニシテ独り其夫婦間ヲシテ離隔セシメ得キモノハ惟タ其夫婦双方ノ間ニアリテ其夫婦モ其夫婦ノ間ニ於テ之ヲ離別シ之ヲ隔絶セシム可キ事ハ事情不得止事ノアルニアラサルヨリハ固ヨリ容易ニ之ヲ離隔ス可キ訳合ナキモノトス。舅は息子の嫁をその承諾もなしに離別したのであり、「所謂他人ノ之ヲ隔絶セシム可キ筋合ナキモノトス」。したがって「固ヨリ其離縁ノ効力ナキモノニシテ」被告 \parallel 妻方に対し妻の送籍願連印を請求することはできないとしたのである。

また同様に明治一四年三月三一日判決例⁽¹⁵⁾では、「凡ソ婚姻ナル者ハ其夫婦ト為ル可キ双方カ承諾ニ由テ成立ツ者ナレハ其之ヲ離縁スルモ亦双方カ承諾ニ由ラサル可カラス故ニ若シ夫レ夫婦ノ一人死去スル場合ニ於テハ其生存スル一人カ之ヲ承諾セサルヨリハ到底之カ離縁ヲ遂クルニ由ナカル可シ今ヤ被告（注、嫁）ニ於ケル已ニ其夫ナル宮崎文四郎カ死去シタル以上被告カ自カラ其離縁ヲ承諾スルハ格別其之ヲ承諾セサル限り親ノ尊属卑属ニ論ナク他人カ之ヲ離縁セントスルモ決シテ其情望ヲ達シ得キ筋合ナケレハナリ」として、原告 \parallel 姑による被告 \parallel 嫁離別請求は被告自身離別を承諾しない限り他人が離別させることはできないとする。

さらに明治一七年一月二六日判決例⁽¹⁶⁾でも、夫の死去後、妻に不品行があるととして亡夫の母が離別請求したところ、「若シ不品行ノ評ヲ受ルガ如キ事アラバ宜ク之レヲ矯正スルノ途ヲ求ムベシ然ルニ今更原告（注、姑）ニ於テ其情誼ノ重スベキモ顧ミス妄リニ被告（注、嫁）ヲ離別セントスルハ其不当モ亦甚シキモノトス」と判断を下している。

このように、夫死亡後の舅姑による嫁離別請求は否定されているのである。

以上は舅姑が原告の場合であるが、舅去を拒否する妻側からの訴も見出すことができる。

明治一二年三月一七日判決例⁽¹⁷⁾であるが、明治一〇年西南の役で夫が戦死後、明治一一年その妻は舅により実家に引き取らせられた。隣保親族の者や戸長に和熟の取扱を依頼したが舅は聞き入れない。そこで嫁は離別拒否の訴訟を提

起したのである。判文には次のようにある。「其舅ニシテ尊属ノ親ナル被告矢野政次郎ハ其嫁ニシテ卑属ノ親ナル原告矢野カツメニ対シ離別ヲナスヘキノ権利アルモノカ將タ權利ナキモノカヲ講究スルニ」「仮令ヒ其實際原告（注、嫁）カ不行跡ナルニモセヨ又タ被告（注、舅）ハ尊属ノ親ニシテ如何程特権アルニモセヨ凡ソ夫婦ノ契約ニ於テ其婦ニ対シ離別ヲナスハ特リ夫ノ権内ニアツテ舅姑カ其之レヲ擅マムニスル事ヲ得サルモノニアラス且ツ舅ト嫁トノ縁故ハ夫婦ノ契約ニ附帯シテ生スルモノナレハ其本源ナル夫婦ノ契約ヲ解除セサル限りハ舅ト嫁トノ縁合ノミ之レヲ断滅スル事ヲ得サルモノトス何ントナレハ其舅ト其嫁トノ縁合ハ其夫ト其婦トノ離別ヨリ自カラ滅スルモノナレハナリ」。したがって舅には嫁を離別する権利はないとして、嫁の離別拒否請求を認めているのである。

さて嫁が離別を求めているのに舅が拒んだときはどうなるであろうか。熊本裁判所の判決中には見出せなかつたが、大審院の明治二五年九月二三日判決例¹⁸⁾には、夫死去後の妻からの離別請求を認めて次のようにある。「婦カ入テ婚家ノ家族トナルハ其夫ト婚姻ヲ為スニ因ル去レハ婚姻ハ即チ婦カ婚家ノ家族トナルノ原因ナリ此原因ニシテ夫ノ死亡ニ依リ消滅スル以上ハ特別ノ事由アルニ於テハ格別然ラサレハ寡婦ハ離縁ヲ求ムルヲ得ルハ当然ノ条理ナリトス」。夫家に生涯拘束され再婚もできないといった将来到来すべきであろう「恐ルヘキ悲シムヘキ結果」から妻を救済しているのである。

同じ論法で妻の実家に不利な判決をした例もある。明治一三年六月七日判決例¹⁹⁾がそれであるが、娘の夫が犯罪により処罰されたため、娘の父は離婚させようと娘を実家に呼び戻したのであるが、本件事案においては、妻自身が夫を厭悪して離婚を求めているのではないのであり、「被告ハマ寿（注、妻の名）カ実父ナルニモセヨ一旦人ノ妻タル事ヲ許諾シ人ニ具遺シタルマ寿カ身分ヲ今更被告カ勝手ニ進退シ得可キ訳合ナキハ亦敢テ喋々ヲ俟サル」として、夫から妻の父に対する妻取戻請求を認めたのである。以上要するに婚姻は当事者の問題であるということが一貫して強調さ

れていたのである。

明治一二年七月一〇日判決例⁽²⁰⁾にも、「男女ノ婚姻ヲ行フヤ先ツ其夫トナリ其婦トナル双方ノ承諾アルヲ必要ナリス若其夫トナリ其婦トナル一方ノ承諾アルモ他ノ一方ノ承諾ナキトキハ己ニ戸籍ニ登記シタルト未タ戸籍ニ登記セサルトニ論ナク其夫婦タルノ効ナキ者トス」とあるように、そこには婚姻を主体的な個人の自由契約とみる婚姻民事契約論の思想が窺えるのである。

四 妻からの離婚拒否の訴

加藤美穂子氏によれば、「明治六年太政官第一六二号布告は、妻に積極的な離婚請求権を認め、ある程度、妻からの離婚請求を容易ならしめはしたが、他方、妻が離婚を欲せず、夫の専断的離婚行使を拒否する消極面において、裁判所介入による正当な離婚判決を妻に保証すること、すなわち妻を夫の不当な離婚請求から守る保塁を与えることから、いまだほど遠く、離婚法においては、正に片手落ちなものであるといわざるを得ないであろう⁽²¹⁾。」とあり、妻は訴訟上の完全な能力を欠いていたことになる。

しかし熊本裁判所判決原本には、妻自身からの離婚拒否訴訟も、明治十一年一〇月二五日判決⁽²²⁾、同二〇年一月三〇日判決⁽²³⁾、同二五年五月一七日判決⁽²⁴⁾の三例が見出せる。

このうち明治二〇年一月三〇日判決例を考察すると、これは妻から夫に対する同居請求という形になっているが、実質的には妻の離婚拒否訴訟である。先妻の子女に対して非道の取扱をすること、夫の顧客を減少させたこと、夫の留守中私かに金円を隠匿したことを理由に、離婚をしようと欲して被告^{II}夫は原告^{II}妻を追い出した。裁判所は次のように判断する。「原告ハ被告ノ妻ニシテ当時其放追スル所トナリ居ルノ事実ナリ而シテ被告ノ同居ヲ許サスト

主張スル理由ハ三ヶアリト雖、被告自ラ同道シ来リタル証人ノ陳述ニヨルモ原告カ先妻ノ子女ニ対シ敢テ苛酷ノ取扱アルヲ聞カスト云ヒ又仮令ヒ当時ニ至リ被告ノ顧客減シタル景況ナリトスルモ果シテ原告ノ所為ニヨリ招キタルトノ確証モナク又被告ノ不在中私カニ金錢ヲ隱匿シタルト云フ一条証人ノ陳述ニヨルニ既ニ過去ノ事ニ属シ今更之ヲ理由トシ同居ヲ拒ムヲ得ス。したがって被告ニ夫は原告ニ妻の同居請求を拒むことはできないとする。この判決例では夫の専横の離婚権が否定され、離婚を欲しない妻が積極的に裁判所に保護を求めたことに對し判然とそれに応えているのである。

夫からの離婚請求訴訟は、既述したように熊本裁判所判決原本の中には見出すことができなかったが、大審院の明治一四年二月二一日判決例⁽²⁵⁾には次のようにある。「上告者（注、夫）ハ明治十二年中其病氣ノ節被上告即妻『ヨシ』ノ看護ヲ受ント欲シ『ヨシ』方へ通知シタリシニ『ヨシ』ニ於テ看護ヲ怠リシハ無情ノ行為ニシテ夫婦ノ情誼既ニ滅絶シタリトテ之ヲ以テ離縁ノ原因トスヘシト申立レテ控訴書類ヲ閱スルニ上告者カ通知シタル際『ヨシ』ノ実母病ニ罹リ当時悪疫流行ノ際ナレハ拳家心痛看護ニ従事シ且ツ『ヨシ』モ亦頭痛眩暈シテ歩行スルヲ能ハサルヨリ『ヨシ』ニ於テ已ムヲ得ス四五日ヲ経テ上告者ノ病ヲ問ヒシニ既ニ快復シタル趣ニ付婦家シタル旨『ヨシ』ノ答弁アリ之ニ對シ上告人ノ論駁ナキハ其病ヲ問タル事実アリシモノト認定セサルヲ得ス是ニ由テ之ヲ觀レハ『ヨシ』ニ於テ実母及ヒ自己ノ疾病等ニテ已ムヲ得ス速ニ上告者ノ看護ニ行クヲ得サリシモノニシテ故ラニ看護ヲ怠リタルニ非ス然レハ其看護遅延ノヲ以テ情誼絶滅ト唱ヘ離縁ノ原因トナスハ情理ニ於テ有ルヘカラサル事」であるとして、夫の離婚請求を不当としている。

また森泉章教授が立論の素材とされた福島裁判所判決原本には夫からの離婚請求訴訟が、明治一一年二月一六日判決、同一四年九月一〇日判決、同一五年一月二三日判決、同一七年五月八日判決の四例があり、いずれも夫の請

説 求を斥けている。⁽²⁶⁾ここでは夫の追出離婚が否定され妻が保護されているのである。既述した同教授の明治前期の判例離婚法は妻の忍従・従順を基礎とした男子専権離婚判例法であったとする見解は甚だ疑問である。

次に、五、六では離婚原因にあらわれた妻の保護という視座から若干の問題点について考察してみよう。

『全国民事慣例類集』⁽²⁷⁾には、「稍々異なる條款」としてではあるが、明治初期の離婚原因が挙示されている。

それによれば、夫の犯罪（相模国足柄郡、陸前国遠田郡）、放蕩や不事舅姑（信濃国埴科郡）、悪虐（羽前国置賜郡）、不行状（周防国玖珂郡）、妻の不埒の所行（伊勢国度会郡、志摩国答志郡）、犯罪（信濃国小県郡）、不事舅姑・夫に不貞順・家風に協わないこと（信濃国埴科郡、長門国阿武郡）、夫婦の一方の不身持や不実（羽前国置賜郡）、夫婦間の不熟（陸前国遠田郡）や三年以上の別居（肥後国飽田郡）、夫婦和合していても舅姑の存意に協わないこと（武蔵国豊島郡）などが離婚原因とされている。

従来⁽²⁸⁾の先例を中心とした研究によれば、行方不明（失踪および逃亡）、犯罪による処刑、婿養子の夫の放蕩、疾病、虐待、侮辱、悪意の遺棄、犯姦、不熟などが正当な離婚原因となることが知られている。

熊本裁判所における離婚原因別判決例は、「表4」に纏めてある。

明治前期における裁判離婚法の一研究（山中）

〔表4〕離婚原因別判決例

離婚原因	判決年月日
行方不明	29年6月1日、30年1月27日、30年3月3日 30年4月27日
刑罰	26年5月23日、27年6月13日、27年10月16日 27年12月18日、28年9月25日
刑罰と不品行	17年2月8日
刑罰と不貞	28年2月20日
虐待	13年12月8日、25年5月16日、28年7月5日
虐待と悪意の遺棄	14年1月24日、14年9月17日、28年10月18日
虐待、刑罰と父兄に対する暴虐・脅迫	28年12月19日
悪意の遺棄	12年2月20日、12年12月5日、15年9月22日
悪意の遺棄と母の侍養を欠くこと	15年2月18日
嫌悪	13年8月3日、15年4月28日、16年11月27日
送籍のため金銭要求	14年11月1日、26年5月18日
約定金支払不履行	16年10月12日
妻の疾病	13年12月2日、17年6月11日
蓄妾と不品行	22年10月31日
暴力と不貞	13年4月29日、14年10月1日
身体障害（夫の跛）	13年12月23日
夫の強制による奉公	14年1月22日
名誉毀損（妻に婚前姦夫があったと疑ったことによる）	25年12月26日
妻の婚姻不承諾	17年2月29日
協議離婚の成立と妻の疾病	16年1月12日
協議離婚の成立	29年11月30日、31年2月21日
不熟	15年11月27日
妻の姦通の浮説	11年10月25日

ここでは、通説的にはほとんど看過されていた夫の貞操義務の問題について、特に蓄妾についてそれが離婚原因に該当するとした判決例を五として検討し、六として妻の人身保護について考察することにした。

五 蓄妾

明治一二年五月一七日判決例²⁹によると、夫の蓄妾を理由に、妻自身が明治六年太政官第一六二号布告にもとずき離婚を請求している。「一旦断念シタル夫ナレハ再ヒ結婚ハ致シ難キニ付離縁ヲ請フト雖モ被告人小森田政平（注、夫）ハ之ヲ肯ンセス之レカ為メ数年ノ久ヲ経テ終ニ嫁期ヲ失ヒ權利ヲ妨ケラルムニ付明治六年太政官第六十二号布告ニ依リ離婚ヲ求ムルノ訴訟ニ及ヒタル旨申立タリ」。裁判所は、「明治六年太政官第六十二号布告ニ夫婦ノ際已ムヲ得サルノ事故アツテ其婦離縁ヲ請フト雖モ夫之レヲ肯ンセス之レ為メ数年ノ久ヲ経テ終ニ嫁期ヲ失ヒ人民自由ノ權利ヲ妨害スルモノ不少候自今右様ノ事情於有之ハ婦ノ父兄弟或ハ親戚ノ内附添直ニ裁判所へ訴出不苦事トアルニ依リ今此ノ原告被告カ夫婦ノ際ニ於テ果シテ如何ナル已ムヲ得サルノ事故アリヤ否ヤヲ講究スルハ本案ノ尤モ緊要トスル所ナリ」として、次のように判示する。夫の蓄妾は、「道徳上ヨリ之レヲ論スレハ固ヨリ汚穢ノ醜行ト云フヘキモノニシテ人倫ノ正理ニ戻ルモノ」であり、妻は夫に対して「離婚ヲ求ムルノ原由アルモノ」である。しかし本案の場合には、老母の給仕や裁縫炊事のため老母の命令に依り雇い入れた下婢であり、原告妻が被告夫宅に帰ってきたら何時でも宿元へ引き取らせると夫は言い、また現に夫の妾であることを徴する証拠もないからには、「原告被告カ夫婦ノ際ニ於テ已ムヲ得サルノ事故アルモノト為ス事ヲ得可ラス」、よって妻は離婚を求めることはできないとして妻敗訴となったのであるが、しかし判旨によれば妾ならば離婚原因となることが窺われる。

明治一三年四月二九日判決例³⁰によると、「被告（注、夫）ハ常々夫道ニ反シ原告（注、妻）ヲ毆打スル等苛虐ノ待遇アルモノト徴知セラル」。また「被告ハ一婦人ヲ招キ之ヲ愛スル事一方ナラス毎夜枕衾ヲ共シ^{ママ}」ている。「夫レ婦ハ其身ヲ夫ニ委子夫ノ愛顧ヲ受ケテ生涯ヲ送ルモノナレハ夫モ亦婦ヲ保護シテ且之ヲ愛養ス可キハ当然ナルニ」このような夫の行為は「夫タルノ道ヲ失ヒ分身一体ノ元則ニ背キ天理人情ニ戻ルモノト言ハサル可カラス左スレハ今ヤ原告ノ戸籍カ被告ノ戸籍ニ編入シアルヲ奇貨トシ徒ラニ原告ノ自由ヲ束縛シ所謂自己ノ吝氣ヲ逞セント試ルモノ」として、妻の離婚請求を認めているのである。ここでは、妾か下婢かを問わず、夫の姦通それ自体を離婚原因としているのである。

明治一四年一〇月一四日判決例³¹にも「夫婦ハ互相ノ親愛ニ依テ立ツ故ニ苟モ其一方ノ者カ親愛ヲ破リテ他人ノ子女ヲ愛シ又ハ身体ニ暴行ヲ加ヘントスルニ当テハ何物ノ力カ能ク之ヲ和合セシムルヲ得ンヤ此時ニ於テハ其婚姻ヲ解クヲ得ヘキハ勿論ナリ」とあり、夫の不貞と暴力とを離婚原因としている。

また明治二二年一〇月三一日判決例³²は、原告Ⅱ妻の父が離婚を要求する原因を審案して次のように言っている。

「被告人（注、夫）カ村上新八長女ヤスヲ妾トシ戸籍ニ編入シタル事実ハ甲第二号証ニ徴シ明確ナリトス而シテ妾ヲ蓄フルハ法律ノ禁スル処ニアラスト雖モ被告人ハ妻『ツ子』トノ間ニ数子ヲ挙げ他ニ欠点アルニアラス亦事故アルニモアラサルニ『ツ子』ノ承諾ヲ得ス窃カニ他ノ婦女ヲ自宅ニ引入レ妾ト為シ剩ヘ戸籍ニ編入スルカ如キハ徒ラニ己ノ快樂ヲ貪リ夫婦間ノ情誼ヲ破ルノ甚シキモノト云ハサルヲ得」ない。また日頃の不品行のことも再婚の時の定約書等から認められ、その「夫ノ不品行ハ其妻ノ身分トシテ黙止スルニ忍ヒス又止ムヲ得サル一事故トスルヲ得ヘキナリ」。したがって「夫婦ノ情誼已ニ破レ之ヲ弥縫スヘカラサルモ^{ママ}被告人ハ徒ラニ離婚ヲ拒ミ在再年月ヲ経過セシメ『ツネ』カ一身ヲ無形ニ拘束シテ自由ヲ妨害スル」ことはできないと判示している。ここでは蓄妾だけではなく、放

蕩によって金員を浪費し一家を維持する見込がないといった夫の不品行をも「已ムヲ得サル事故」、離婚原因に該ると判断しているのである。

妻の法制度上の消滅は明治一三年七月一七日公布、一五年一月一日から施行のいわゆる旧刑法によってではあるが、判決例上ではそれ以前の明治一二年にすでに熊本裁判所では蓄妾を離婚原因としているのである。ここには『明六雜誌』に掲載された明治七年森有礼の「妻妾論」、明治八年加藤弘之の「夫婦同権ノ流弊論」、津田真道の「夫婦同権辨」等により、蓄妾の慣行が批判され、西欧の近代的婚姻思想が紹介され、これらの状況が判決に影響したものと考えられる。

反面、妻の貞操義務も厳しいものがあつた。明治一一年一〇月二五日判決例³³は、明治一〇年一月一日熊本新聞第二五〇号雜報欄内第六項と同一一年五月三〇日第三一七号雜報欄内第一四項に掲載された妻の姦通記事は浮説であるとしても、「其浮説ノ発端ハ到底原告（注、妻）ノ失徳ニ歸セザルヲ得ベカラズ蓋シ婦タル者其意中ニ其夫アル事ヲ銘鏤シ其操行ニ懈怠ナケレバ踰牆ノ名鑽隙ノ声決テ来リ襲フ事能ハザレハナリ」とし、それは夫の名を凌辱するのに十分であるから、夫による離婚を拒むことはできないとする。しかし、このように妻に厳しい「貞節ノ守防」義務を課する一方で、「夫ハ其婦ヲ虐使スル恰モ奴隸ノ如ク婦ヲシテ僅ニ呼吸セシメ豪モ其權利ヲ暢達スル事能ハザラシムルニ於テハ女子ハ男子ノ為メニ特ニ造為シタル奢侈ノ一物ト見做サズルベカラズ草昧ノ時ハ知ラズ今日期ル情態アツテ可ナランヤ勿論之レ無キ上ハ夫ニシテ其婦ニ対シ何ソゾ之ニ与フルニ恥辱ヲ以セン夫ハ固ヨリ其婦ノ榮誉ヲ汚スヲ以テ心ニ之ヲ肯ントセザレバナリ」とあるように、夫に対しても操守義務を説いているのである。

六 妻の人身保護

離婚原因における妻の人身の自由の保護ということについて考察してみたい。

明治一四年一月二二日判決⁽³⁴⁾には、次のようにある。原告Ⅱ妻が他人の雇人となつたのは、自己の意思ではなく被告Ⅱ夫の強制によるものである。「斯ノ如ク被告ハ原告ニ対シ自由ヲ束縛スルノ跡アルカラハ原告被告ガ夫婦ノ愛情ハ既ニ已ニ断絶スル者ニシテ僅ニ名義ノ存スルニ止ル者ナレハ被告ハ宜ク其名義ヲ解除シテ原告ノ自由ヲ得セシムヘキハ条理ノ当然ニシテ之ヲ拒ミ得ヘキノ筋合ハ万々之レナキモノ」であるとして、妻からの離婚請求を認めているのであるが、この判決で裁判官は、「人身ノ自由ハ人ノ得テ之ヲ束縛スヘキ者ニアラサレハ良シ柔順ヲ尊フハ婦人ノ職分ナルモ其承諾セサル事件ヲ強ユルハ夫タル者ト雖モ決シテ之ヲ為ス事ヲ得ヘカラス若シ強テ其自由ヲ束縛スルニ当テハ婦タル者モ豈之レニ一任シテ其身体ノ自由ヲ失却スルノ道理アラシヤ蓋爰ニ原告カ被告ヨリ其身ヲ強テ雇人ト為シタルヲ原因トシテ離婚ヲ要求スル者ハ其薄情ナル夫ト離別シテ併テ天賦ノ自由ヲ保存セント欲スルニ外ナラサルヘシ」と言っている。身体の自由の束縛の背後に愛情の破綻があるとして離婚を認めているのである。

明治一三年八月三日判決例⁽³⁵⁾は、愛情がなくなり実家へ帰つた妻の離婚を認めているのであるが、「夫婦ノ間相互ニ情好親密ニシテ比翼連理ノ約ヲ為スルハ何カナル事故アリ臣父母於テ強リニ其約ヲ破ラシムル事能ハス若シ夫婦ノ一方厭忌断念シタルニ他ノ一方ハ曾テ偕老同穴ノ約アリト云フモ亦一方ノ父母於テ其約ヲ遂ケシムル事ヲ得ス何ントナレハ夫婦ノ情愛ハ人心ノ固有ヨリ結ヒタル天然ノ契約ナルニ付其父母タリ臣人定ノ契約ヲ以テ人身ノ固有ヲ妨害シ人身ノ自由ヲ束縛スルノ理ナケレハナリ……尚ホ其事実ニ由リ一方ヨリ破談又ハ離縁セントスルニ他ノ一方ニテ之ヲ許サ、ルヲ得サルハ何ソヤ人心固有ノ妨害スヘカラサルト人身自由ノ束縛スヘカラサルトニ由ルニ非サヤ」と宣言し

ているのである。

明治一六年一月二七日判決例⁽³⁶⁾も、「蛇蝎ノ如ク」夫を嫌つて実家へ帰つてゐる妻の離婚を認めてゐる。

明治一四年二月二一日判決例⁽³⁷⁾は、夫婦喧嘩の打擲のような暴力は離婚原因に該らないが、「情実アル夫婦ノ間ナラハ被告(注、夫)ニ於テ原告(注、妻)ニ一層ノ愛情ヲ掛ケ原告ノ行届カサル事アレハ諄々ト教誨ヲ加ヘ非理ニ打擲スルノ筈ナキニ付今後非理ノ打擲ヲ受ケル事アラハ原告ニ於テ其証拠ヲ掲ケ離縁ヲ求」めるようにと、夫の暴力を戒めてゐる。また離婚原因となる不和合とは、殴罵しなくても相互に厭忌し愛情の絶えてゐる者をいうとある。

明治一五年四月二八日判決例⁽³⁸⁾によれば、訟庭において被告⁽³⁸⁾妻は原告⁽³⁸⁾夫よりしばしば不法の打擲をうけ死んでも原告宅へ立ち戻らないと申し立てることをみれば、「夫婦ノ因テ以テ成立ツヘキ愛情アラスシテ被告カ原告ヲ信セス即チ厭棄ノ心ヲ抱キタル事明瞭ナレハ如此者ニ対シ強テ夫婦ノ契約ヲ履行セシメントスルモ将来双方共ニ幸福ヲ得ルノ期ナクシテ所謂夫婦タルノ本旨ヲ達シ得ヘキモノニ非」ずとして、夫の呼戻請求はできないとして、夫の虐待から妻を保護してゐる。

明治一四年一月二四日判決例⁽³⁹⁾は、夫より殴打され実家に離居してゐる妻(原告はその母)に対して、「み徒(注、妻の名)ハ既ニ四年ノ間夫婦離居シタリト云ヘハ仮令情誼ノ其初メニ親密ナルモ今ハ其情誼ノ疎遠ナル而已ナラス絶交ノ念慮已ニ成リ赤繩ノ牽引既ニ断チタル者ナリ」と離婚を認めてゐる。

明治二五年五月一五日判決例⁽⁴⁰⁾にも、「被告(注、夫)ガ果シテ如何ナル苛虐ヲ以テ原告(注、妻)ヲ遇シタルヤ其程度ヲ知ルニ由ナシト雖モ夫婦ノ間和合セス原告ハ被告ノ暴行ヲ恐レ屢々被告家ヲ去テ或ハ近隣ニ潜伏シ或ハ其実家ニ逃走シタル事実ハ証人魚住峯吉四海惣平等ノ陳供及甲第一二号証ニ徴シ明認スルニ足ル而シテ原告カ明治廿一年九月以降実家後見人ナル池辺仁一郎方ニ立去リタル俣婦家セサルノミナラス明治廿五年二月中被告カ飽マテ離婚ノ請求

ヲ拒ムノ故ヲ以テ再ヒ帰家シテ苛虐ヲ受ケンヨリ寧ロ死スルニ若カスト自殺ヲ企図シ小刀ヲ以テ其咽喉ヲ自傷シタル事蹟アルヲ以テ觀レハ夫婦ノ情誼已ニ破レ到底和合ノ見込ナキモノト看認メサルヲ得ズ故ニ被告ハ原告ノ請求ニ応シテ速ニ離婚スルヲ相当ナリトス」とある。婚姻は夫婦間の愛情によつて成り立つものであるが、夫の暴力によりその愛情が破綻し将来和合の見込がないと判断して離婚を認めているのである。

このような破綻主義的な考え方は、大審院の判決にも見出すことができる。

大審院明治一三年七月三十一日判決例⁽⁴¹⁾によれば、明治九年一二月夫婦の内約をして、明治一二年二月被告(注、妻)は原告(注、夫)宅へ引き移ったが、明治一年九月一五日実家に帰り、翌日仲人に縁組の内約を解くことを申し入れた。両者の婚姻については、「双方熟議ノミニ止マルモノニテ」明治一〇年司法省丁第四六号達にいう事実上の夫婦であるという実蹟があるとは認めるに足らないのであり、明治八年太政官第二〇九号達により被告人『八重』は原告人の妻ではないとする。しかし将来妻となることを承諾したことは被告人の初審手続書において自認するところであり、承諾通り履行しても不可はないようであるが、「元來縁組ノ事柄タル道理ト人情トニ依テ之ヲ処スヘキモノニテ他ノ尋常契約ト同一視シ之ヲ強ユヘキモノニ非ストス如何トナレハ凡夫婦タルモノハ元ト僧老ヲ期シ終身ノ幸福ヲ求ムルモノニテ一日モ愛情ナクテ成立ツヘキモノニアラサレハ苛モ疑懼ノ心ヲ抱キタルモノニ対シ強テ之ヲ為サシメントスルモ實際上行フヘカラスシテ却テ夫婦タルノ本旨ニ違フヘキヲ以テナリ」として、夫からの妻(未送籍)呼戻ならびに送籍請求を斥けている。

明治二七年一月一五日判決例⁽⁴²⁾には、「夫婦間其同居ニ堪ヘサル暴虐脅迫及重大ノ侮辱等其一アレハ離婚ノ原因タル可シ」と離婚原因が明記してあるが、この文言は、同二七年三月二八日判決例⁽⁴³⁾（「同居ニ堪ヘサル暴虐、脅迫及ヒ重大ノ侮辱等」）、三〇年一二月二七日判決例⁽⁴⁴⁾（「同居ニ堪ヘサル程ノ暴虐脅迫等」）などにも見出すことができる。

これは、施行されなかつた明治二三年旧民法人事編第八一条第二項の特定離婚原因「同居ニ堪ヘサル暴虐、脅迫及ヒ重大ノ侮辱」と同一文言である。旧民法が「書かれたる条理」として民事裁判の準拠となつていたことが窺える。⁽⁴⁶⁾

また旧民法同条第七項の「婦又ハ入夫ヨリ其家ノ尊屬親ニ対シ又ハ尊屬親ヨリ婦又ハ入夫ニ対スル暴虐、脅迫及ヒ重大ノ侮辱」という裁判離婚原因の影響下になされたと考えられる判決が大審院にもある。すなわち大審院明治二四年一〇月五日判決例に、「尊屬親ヲ凌蔑シ一家ノ親陸ヲ破ルノ行為ヲ以テ離婚ノ原因ト為スコトハ是迄ノ慣習上決シテ不当ト看做サ、ル」とある。

さらに前掲「表4」により熊本裁判所の裁判離婚原因を概観すれば、明治一〇年代は多様性があつたが、明治二〇年代、とくにいわゆる旧民法公布（明治二三年一〇月六日）以降、虐待、刑罰、行方不明などの同法人事編第八一条に明記された特定離婚原因へと集中する傾向が感じられる。

- (1) 明治二八年七月一〇日判決例に、「本件竹松（注、夫の名）ノ如キ瘋癲者ニ在リテハ監護者若クハ親族ニ於テ之レニ代リ訴フルコトヲ得ルモノトス何トナレハ無能力者ニ權利ノ枉屈ヲ忍ハサルヲ得ストノ理由アラサルヲ以テナリ」とある（明治二八年自四月至九月・民事判決録）。以下、特記しない限りは熊本裁判所判決例である。また、その用字は当用漢字を原則とし、フ、虫（虽）、ノも各事、雖、シテに改めた。
- (2) 養子縁組した後に家女と婚姻している場合も婿養子の範疇に含めて考察している。
- (3) 外岡茂十郎編・明治前期家族法資料一巻一冊一八三頁以下。堀内節編・明治前期身分法大全二巻二二六頁以下。
- (4) 穂積重遠「民法施行前の離婚原因（離婚原因論の一）」離婚制度の研究六九七頁以下。
- (5) 高柳真三・明治家族法史（法學理論篇83）五五頁以下。同「明治民法以前の離婚法」家族問題と家族法Ⅲ一二五頁。
- (6) 玉城肇・改訂日本家族制度論二一六頁以下。
- (7) 外崎光広「近代日本における離婚法の変遷と女性の地位」高知短期大学社会科学論集四号一八一頁以下。
- (8) 森泉章「明治民法施行前の判例離婚法―福島裁判所判決例を中心として―」福島大学商學論集三二巻三号一八四頁。

- (9) 加藤美穂子「明治前期における離婚法―先例を中心として―」法学新報七六卷一一・一二号一一二頁。
- (10) 大審院明治三一年五月一九日判決例には、「戸主廢罷夫婦離婚等ノ争ニ付キ卑族親ヨリ尊屬親ニ対シ若シクハ婦ヨリ夫ニ對シ訴訟ヲ提起スルニ當リテハ其ノ父母若クハ其ノ他ノ親戚力共同原告トシテ訴訟ニ加入スルコトハ從來一般ニ行ハレタル慣例ニシテ今日之ヲ不適法ト為スノ理由ナシ」(大審院民事判決録二卷一二〇頁以下、裁判粹誌一三卷一七二頁以下)とあり、明治二四年民事訴訟法施行後も、妻側からの離婚請求の場合、妻とその父母親戚が共同原告となることは慣例であるとして認められている。
- (11) 明治一三年一月・民事判決録
- (12) 石井良助「江戸時代の離縁状」法制史論集二卷一三四頁。大竹秀男・「家」と女性の歴史一五一頁。
- (13) 高柳真三・日本法制史(一)三〇一頁。
- (14) 原告は上村彦治(亡夫の父)、被告は前崎喜八(妻の父兄カ)である。
- 原告代人吉田角藏ヨリ被告代言人大畑純次ニ對スル送籍願連印拒ノ詞訟審理ヲ遂ケ條理ヲ推究シ之カ裁判ヲナス左ノ如シ今夫レ原告カ提供スル第三号第四号証タルヤ原告ハ被告ニ對シ壽茂カ送籍願連印ヲ訟求ス可キ効力アル歟將タ否カラサルカ其第三号第四号証ヲ探テ之ヲ閱スルニ第三号証ハ亡光平妻壽茂ナル者カ原告ニ相談モセス戸主徳太受持ノ地所ヲ一己ニ之ヲ書入ト為シタルヲ原告即チ後見人カ其之ヲ戸長ニ問合セ其戸長ヨリ答書アル証書ニシテ又其第四号証ハ一壽茂ヲ原告ガ離縁セシ証書ナリトス是ニ由テ之ヲ見レハ原告ニ於テ第三号証ノ如キ所為アルヨリ第四号ノ如ク離縁セシモノノ如ク仮想セラルヘク且ツ壽茂ニ於テモ第四号証ヲ受取リタル俟今尚ホ之ヲ黙々ニ付セシ上ハ被告ニ於テモ亦其壽茂カ離縁ヲ受ケシモノノ如クシテ果シテ其第三号第四号証ハ該訟求ヲナシ得可キ効力アルモノノ如ク然リ然レハ今愛ニ其各証ニ就テ之カ條理ヲ論究スルニ抑夫婦ハ人ノ大倫ナリ尚且メニ他人カ之ヲ論別シ之ヲ隔絶セシム可キモノニアラサルハ自然ノ情理公衆カ信認スル処ニシテ独リ其夫婦間ヲシテ離隔セシメ得可キモノハ惟タ其夫婦双方ノ間ニアリテ其夫婦モ其夫婦ノ間ニ於テ之ヲ離別シ之ヲ隔絶セシム可キ事ハ事情不得止事ノアルニアラサルヨリハ固ヨリ容易ニ之ヲ離隔ス可キ訳合ナキモノトス然ラハ則チ原告ハ今此第三号第四号証ヲ以テ只管ニ壽茂ヲ離縁シタリト証言スルモ原告ハ當時上村家ノ戸主徳太ノ祖父ニシテ壽茂ハ徳太ノ実父亡上村光平ノ妻則チ徳太ノ為メニハ実母タレハ独其光平ニ於テハ其之ヲ離別ス可キ事情アラハ直チニ之ヲ離別シ得可キモ光平ハ已ニ亡没シ已ニ光平カ亡没セシ上カラハ當時生存セシ一方ノ親則チ壽茂ニ於テ其徳太ノ後

見ヲナス可キ自然ノ責任アリテ自ラ其後見ノ任ヲ有ス可キ寿茂ニ於テ假令第三号証ノ所為アレハ迎其後見ノ囑託モ受ケサル原告ニ於テ寿茂力承諾モナキ第四号証ヲ以テ上村家ヲ去ラシメタルモ前キニ所謂他人ノ之ヲ隔絶セシム可キ筋合ナキモノトス夫レ然リ果シテ然ラハ假令原告力今一旦第四号証ノ如ク寿茂ヲシテ上村家ヲ去ラシメタルモ固ヨリ其離縁ノ効力ナキモノニシテ已ニ其離縁ノ効力ナキ事ノ明瞭タル上カラハ豈被告ニ対シ寿茂力送籍願連印ヲ訴求ス可キ理アランヤ

判決

右ノ筋合ナルニ依リ原告ノ訟求ハ相立タサル儀ト心得可シ 但訴訟入費ハ原告ヨリ弁償ス可シ 明治十三年八月三十日

熊本裁判所(明治一三年自八月至九月・民事判決録)

(15) 原告は宮崎ユク(亡夫の母)、被告は宮崎テイ(妻)である。

宮崎ユクヨリ宮崎テイニ対スル相引離縁拒之詞訟条理ヲ推考シテ裁判スル左ノ如シ

本訴原告力被告ニ於ケル已ニ尊屬親ニ係ル以上乃チ之カ離縁ヲ為シ得可キ權利アルカ否否決シテ其權利ヲ有スル者ニ非ラサルナリ何トナレハ凡ソ婚姻ナル者ハ其夫婦ト為ル可キ双方力承諾ニ由テ成立ツ者ナレハ其之ヲ離縁スルモ亦双方力承諾ニ由ラサル可カラス故ニ若シ夫レ夫婦ノ一人死去スル場合ニ於テハ其生存スル一人力自カラ之ヲ承諾セサルヨリハ到底之カ離縁ヲ遂クルニ由ナカル可シ今ヤ被告ニ於ケル已ニ其夫ナル宮崎文四郎力死去シタル以上被告力自カラ其離縁ヲ承諾スルハ格別其之ヲ承諾セサル限り親ノ尊屬卑屬ニ論ナク他人力之ヲ離縁セントスルモ決シテ其情望ヲ達シ得可キ筋合ナケレハナリ然リト雖氏原告ハ更ニ一步ヲ進メテ今此ノ被告力離縁ニ於ケル其夫ナル宮崎文四郎力生前ニ在テ既ニ双方力熟議ニ成ル所ナリト主張スルモ夫レ其文四郎力生前ニ在テ果シテ双方力熟議ヲ遂ケタル者力否証拠ノ以テ徴ス可キ者ナキ以上徒ニ口頭ノ陳述而已ヲ以テ被告力論鋒ヲ撃破スル能ハサルハ理ノ尤モ観易キ所ナリトス

判決

右ノ筋合ナルニ依リ原告ノ訟求ハ相立タサル儀ト心得可シ 但訴訟入費ハ原告ヨリ償却ス可シ 明治十四年三月卅一日

熊本裁判所(明治一四年・民事裁判言渡書)

(16) 原告は酒井あみ(亡夫の母)、被告は酒井ため(妻)である。

嫁離別ノ詞訟一件審判スル如左

本訴原告ニ於テ被告ハ其夫重造ガ死去后不品行ノ所業アルヲ以テ離別ヲ乞ヒ度旨申立ルモ被告ハ亡重造ガ後妻ニシテ当戶

(17)

原告は矢野カツメ（妻）被告は矢野政次郎（亡夫の父）である。

原告矢野カツメ代行人松山守善ヨリ被告矢野政次郎ニ相對スル離別拒之訴訟審理ヲ遂クル処左ノ如シ

原告矢野カツメ代行人松山守善訴ル要旨ハ去ル元治元年子四月矢野清妻ニ罷成爾來一家睦睦相暮シ年ヲ重ヌルニ從ツテ男子一人女子二人出産シ夫婦共ニ農業相稼キ居ル内明治十年鹿兒島ノ賊徒熊本県下ヘ亂入ノ際夫矢野清ハ朋友ノ誘ニ因リ賊徒ニ与ミシ遂ニ水俣地方ニ於テ戦死シタリ依テ其家督相続ハ矢野清長男矢野久ニ相定ムコソ至當ノ処被告矢野政次郎ハ二男矢野伝喜等ト協議シ矢野清長男矢野久ヲ詐ツテ多病ト申立テ強テ矢野伝喜ヲ相続致サセタルヨリ原告矢野カツメカ心中一日モ安カラサル処矢野伝喜ハ常ニ原告矢野カツメヲ忌ミ嫌フ事時々声色ニ顯ハルヽヨリシテ遂ニ昨明治十一年二月ノ頃聊カ矢野伝喜ト口論ヲナシタリシカ夫レヲ幸トシ被告矢野政次郎ハ矢野伝喜ト談合シ矢野カツメハ旧籍熊本県肥後國合志郡原水村三百四十九番地那須好唯方ヘ引取ル可キ旨申聞ケルニ付原告矢野カツメニ於テハ男子一人女子二人モアレハ親子ノ情愛忍ヒ難キ事之レアルノミナラス謂レナクシテ妄リニ離別ヲ受クル訳ハ之レアル間敷キ段相答フレトモ更ラニ聞入レヌ強テ旧籍ヘ引取り而シテ隣保親族ノ者ヲ以テ和熟ノ儀取扱ヒ貰ヒタレトモ尚ホ聞入レサルニ付戸長ヘ願出テ戸長ヨリ矢野伝喜ヲ招キ懇々説諭アリシカトモ両親ニ事ヘ方宜シカラサルニ付熟議相成リ難ク杯ト無実ノ申立ヲナシ一切承引到サヽルヨリ尚ホ又タ親族ノ者ヲ以テ矢野カツメハ当戸主矢野伝喜ノ為メニハ養母ニ相当ルモノナレハ謂レナクシテ久シク旧籍ニ預ケ置クヘキ訳之ナキニ付其旧籍滞留中ノ扶助米等ハ相當ニ差贈リ申ス可キ旨矢野伝喜ヘ懸合ニ及ヒタル処豈ニ凶ランヤ數十日ヲ経テ一旦離別シタル者ニ扶助米等差贈ルヘキ理之ナキ旨書簡ヲ投シ他人視シテ敢テ取擣ハス夫レカ為メ原告矢野カツメハ日々ノ活路ニ窮スルノミナラス阿兒ノ事ヲ思ヒ一日モ生ヲ聊セサルヨリ離別拒之訴訟ニ及ヒタリ然ル処被告矢野政次郎ニ於テ矢野清存命中ハ訓誡モ嚴重ナルヨリ原告矢野カツメモ家業向勉勵致シタリシカ清戦死以來ハ俄然酒食ヲ嗜

（明治一七年中・民事判決録）

右ノ理由ナルヲ以テ原告ノ請求不相立 但訴訟入費ハ原告ニ於テ担当スベシ 明治十七年一月廿六日 熊本始審裁判所

ミ熟醉ニ乗シテハ屢々疎暴ノ挙動ニ及ヒ父母ニ対シテハ孝養ノ道ヲ欠キ三人ノ実子ニ対シテハ教育ノ道ヲ失ヒ或ハ熟醉シテ室内ニ飲食物ヲ嘔吐シ頗ル醜体ヲ極メタル旨申立ツレトモ原告矢野カツメハ夫矢野清力戦死以來鬚髮ヲ剪リ亡夫ノ追善ヲ為サント夜ナ夜ナ袖ヲ絞ル中ナレハ酒食ヲ嗜ミ熟醉ニ乘シ疎暴ノ言行ニ及ヒタル事モナク又タ父母ニ対シ孝養ノ道ヲ欠キタル事モナク又タ三人ノ実子ニ対シ教育ノ道ヲ失ヒタル事モナシ又タ被告矢野政次郎ニ対シ意外ノ悪口ヲ以テ罵詈雑言シタル事モ之ナシ其他醜体ヲ極メタル事モ之レナシ且又タ被告矢野政次郎ニ於テ原告矢野カツメハ明治十一年十二月ノ末諸道具受取りニ来リ且ツ其際矢野カツメハ今日直チニ戸籍差戻サルヘシ左ナクテハカツメモ頗ル当惑スル旨申聞ケタリト陳述スレトモ原告矢野カツメハ久シク旧籍ニ在テ月日ヲ送ルニ扶助米等ヲモ差贈ラサルヨリ貧苦日ニ迫リ食フニ粮ナク着ルニ衣ナキヨリ兼テ所持スル衣類ヲ得テ凍寒ヲ凌キ或ハ之レヲ典シテ食資ニ充ント思考シ受取りニ赴キタル詎ニ決シテ原告ヨリ戸籍差戻サルヘシ杯ト申聞ケタル事モ之レナシ然ルニ被告矢野政次郎ニ於テ先般戸長マテ離別ノ願書差出シ置キタル間^{開カ}タカツメヨリモ速カニ其手續ヲ為ス可シト申聞ケタレトモ原告矢野カツメニ於テハ前陳ノ如ク矢野清ニ嫁シテヨリ十六年ノ久シキ日夜家業ヲ勉強シ能ク父母ニ事ヘ能ク夫ニ恭順シ且ツ三人ノ実子ニハ相當ノ教育ヲ為シ居リ未タ曾テ不孝ノ所業ヲナシ貞操ヲ乱シタル事モ之レナキニ今更ラ謂レナクシテ被告矢野政次郎ヨリ離別ヲ受クル詎ハ之ナキ旨申立タリ

被告矢野政次郎代人松川本造答ル要旨ハ去ル元治元年子四月原告矢野カツメヲ矢野清妻ニ貰受ケ男子一人女子二人出産シ而シテ矢野清存命中ハ訓誡モ嚴重ナルヨリ原告矢野カツメモ家業向勉勵致シタリシカ清戦死以來ハ俄然酒食ヲ嗜ミ熟醉ニ乗シテハ屢々疎暴ノ挙動ニ及ヒ父母ニ対シテハ孝養ノ道ヲ欠キ三人ノ実子ニ対シテハ教育ノ道ヲ失ヒ或ハ朝夕ヲ別タス熟醉シテハ室内ニ飲食物ヲ嘔吐シ時トシテ被告矢野政次郎ニ伴ヒ農業ヲ為スニ素ト矢野政次郎ハ六十余ノ老人ニテ何事モ十分ニ働キ兼ヌルヲ原告矢野カツメハ老人ハ何事ニモ一切役ニ立ス杯ト意外ノ悪口ヲ以テ罵詈雑言シ頗ル醜体ヲ極メタルヨリ親類組合ノモノ説諭ヲ加ヘタレハ其節ハ少シク改心ノ体モ見ヘタレトモ翌日ニ至レハ故態ニ復シ改心ノ廉之レナシ故ニ数度説諭致シタル処遂ニ原告矢野カツメハ旧籍ヘ引取りタリ右ノ次第二テ原告矢野カツメト矢野伝喜ト口論ヲナシタル事モ之レナシ且ツ矢野清戦死ノ後チ家督相続ノ儀ハ清長男久ニ相定ムヘキノ処久ハ幼少ノ上ニモ多病ニテ家督相続ノ見込之レナキヨリ原告矢野カツメ始メ親族一統協議ノ上矢野伝喜ヲ相続人ニ立テタル詎ニ決シテ被告矢野政次郎ト矢野伝喜ト謀リ無病ナル久ヲ詐ツテ多病ト申立タル儀ニハ之レナシ乃チ其家督相続ノ願書ニ医師ノ診断書ヲ添ヘテ願出タル事ニテ其事実ハ明瞭ナリ且ツ戸長ヨリ用掛リヲ頼ミ用掛リヨリ被告矢野政次郎ヲ招キ原告矢野カツメ離別ノ件ニ付申聞ケタル事モアリ

タレトモ矢野カツメハ行跡ノ正シカラサルモノナレハ到底見込之レナキヲ以テ原籍ヘハ呼入レ難キ旨申答ヘ置キタリ且ツ又タ昨明治十一年十二月ノ頃原告矢野カツメヨリ池田耕作真勢大四郎ノ兩人ヲ以テカツメカ旧籍滞留中ノ扶助米等差贈リ呉レ可キ旨懸合アリタレトモ前陳ノ如ク行跡ノ正シカラサルモノニテ到底離別セサレハ家政ノ維持モ竟東ナキニ付既二戸長ヘ離別ノ願書差出シ置キタレハ扶助米等ハ一切差贈リ難キ旨矢野伝喜ヨリ書簡ヲ以テ返答ニ及ヒタリ然ルニ離別ノ儀ハ双方熟議ノ上ニアラサレハ其儀行ナハサル旨戸長ヨリ申聞ケラレタルニ付被告矢野政次郎ヨリ離別拒ノ出訴ニ及フヘキノ処被告矢野政次郎ハ病氣ニテ遂ニ今日マテ遅緩セリ且又昨明治十一年十二月ノ末原告矢野カツメハ諸道具受取りニ来リ且ツ其際カツメニ於テ今日直チニ戸籍差戻サルヘシ左ナクテハカツメモ頗ル当惑スル旨申出タルニ付元來戸籍ナルモノハ道具類ト違ヒ戸長役場ノ帳簿ニ記載アルモノナレハ先般被告ヨリハ戸長マテ離別ノ願書差出シ置キタル儀ニ付カツメヨリ其手数ヲ為スコシ左スレハカツメカ所望ノ如ク戸籍ハ旧籍那須好唯方ヘ戻ル可シト申聞ケ置キタリ然ルヲ翻ツテ今日ニ至リ原告矢野カツメヨリ離別拒ノ訴訟ニ及ヒタレトモ前陳ノ有様ニテ到底一家和熟ノ見込之レナキモノナレハ原告矢野カツメノ請求ニ応シ原籍ヘハ呼入レ難キ旨申立タリ依テ之レカ条理ヲ推究シテ裁判ヲ為ス事左ノ如シ

抑モ本案ニ於テ原告ト被告ハ如何ナル血属ナルヤヲ釋ヌルニ原告ハ亡矢野清カ妻ニシテ被告ハ亡矢野清カ父ナレハ其妻タル原告ヨリ其父タル被告ヲ見レハ舅ニシテ尊属ノ親ナリ其父ナル被告ヨリ其妻ナル原告ヲ見レハ嫁ニシテ卑属ノ親ナリ依テ其舅ニシテ尊属ノ親ナル被告矢野政次郎ハ其嫁ニシテ卑属ノ親ナル原告矢野カツメニ対シ離別ヲナスヘキノ權利アルモノカ將タ權利ナキモノカヲ講究スルニ其舅ナリ其尊属ノ親ナル被告矢野政次郎ニ於テ矢野清カ存命中ハ訓誡モ嚴重ナルヨリ其嫁ナリ其卑属ノ親ナル原告矢野カツメモ家業向勉勵致シタリシカ清戰死以來ハ俄然酒食ヲ嗜ミ熟醉ニ乘シテハ疎暴ノ挙動ニ及ヒ父母ニ対シテハ孝養ノ道ヲ欠キ三人ノ笑子ニ対シテハ教育ノ道ヲ失ヒ或ハ朝夕ヲ別タス熟醉シテハ室内ニ飲食物ヲ嘔吐シ時トシテ被告矢野政次郎ニ伴ヒ農業ヲ為スニ素ト政次郎ハ六十余ノ老人ニテ何事モ十分ニ働キ兼ヌルヲ原告矢野カツメニ於テ老人ハ何事ニモ役ニ立ス杯ト常ニ意外ノ惡口ヲ以テ罵詈訾シ頗ル醜体ヲ極メタルヨリ數回説諭致シタル処遂ニ旧籍ヘ引取り明治十一年十二月ノ末原告矢野カツメハ自カラ諸道具受取りニ来リ其際カツメニ於テ今日直チニ戸籍差戻サルヘシ左ナクテハカツメモ頗ル当惑スル旨申出タリト云フヲ見レハ良シヤ原告ハ被告ニ離別ヲ受ケヘキノ理由ナキニモセヨ原告ノ隨意ヲ以テ自カラ之レカ復籍ヲ求メタルモノト為サ、ルヲ得ス夫レ果シテ原告ノ隨意ヲ以テ自カラ之レカ復籍ヲ求メタルモノカ今更ラ原告ハ被告ニ対シ離別ヲ受クル訳ハ之レナシト云フヲ得可カラサルモノ、如キモ原告矢野カツメ

ニ於テ夫矢野清カ戰死以來酒食ヲ嗜ミ熟醉ニ乘シ疎暴ノ舉動ニ及ヒタル事モナク又タ父母ニ對シ孝養ノ道ヲ欠キタル事モナク又タ三人ノ実子ニ對シ教育ノ道ヲ失ヒタル事モナシ又タ被告矢野政次郎ニ對シ意外ノ惡口ヲ以テ罵詈シタル事モ之レナシ其他醜体ヲ極メタル事モ之レナシ且ツ又タ明治十一年十二月ノ末道具受取リニ至リタルハ原告モ久シク旧籍ニ在リテ月日ヲ送ルニ扶助米等ヲモ差贈ラサルヨリ貧苦日ニ迫リ食フニ糧ナク着ルニ衣ナキヨリ兼テ所持スル衣類ヲ得テ凍寒ヲ凌キ或ハ之レヲ典シテ食資ニ充ント思考シ受取リニ赴キタル訳ニテ原告ヨリ戸籍差戻サルヘシト申聞ケタル事ハ之レナシ然ルニ被告矢野政次郎ニ於テ先般戸長マテ離別ノ願書差出シ置キタル間タカツメヨリ速カニ其手数ヲ為ス可シト申聞ケタレトモ原告矢野カツメニ於テハ矢野清ヘ嫁シテヨリ十六年ノ久シキ日夜家業ヲ勉勵シ一モ不行跡ヲ為シタル事モナキニ今更ラ謂レナクシテ妄リニ離別ヲ受クル訳ハ之レナシト云フカラハ原告ハ被告ニ對シ自ラ之レカ離別ヲ乞ヒ自ラ之レカ復籍ヲ求メタル者トモ亦タ見做シ難シ然ルニ仮令ヒ其實際原告カ不行跡ナルニモセヨ又タ被告ハ尊屬ノ親ニシテ如何程特權アルモノニモセヨ凡ソ夫婦ノ契約ニ於テ其婦ニ對シ離別ヲナスハ特リ夫ノ權内ニアツテ舅姑カ其之レヲ擅マヽニスル事ヲ得ルモノニアラス且ツ舅ト嫁トノ縁故ハ夫婦ノ契約ニ附帶シテ生スルモノナレハ其本源ナル夫婦ノ契約ヲ解除セサル限りハ舅ト嫁トノ縁合ノミ之レヲ斷滅スル事ヲ得サルモノトス何ントナレハ其舅ト其嫁トノ縁合ハ其夫ト其婦トノ契約ヨリ自カラ生シ又タ其夫ト其婦トノ離別ヨリ自カラ滅スルモノナレハナリ然ラハ則チ其夫タル亡矢野清カ存命中ニ在テ之レカ夫婦タル矢野カツメニ對シ夫婦ノ離別ヲナサヽル限りハ良シヤ幾數年ヲ経ルモ其婦ハ唯タ未亡人トナルノミニテ其夫婦ノ縁故ハ消滅セサルモノトス夫レ果シテ夫婦ノ縁故ハ消滅セサルモノカ之レカ舅タル被告矢野政次郎ト之レカ嫁タル原告矢野カツメトノ縁故ハ斷絶センヲ欲スルモ亦タ得可カラス況ンヤ其被告ニ於テ原告カ酒食ヲ嗜ミ熟醉ニ乘シテハ疎暴ノ舉動ニ及ヒ父母ニ對シテハ孝養ノ道ヲ欠キ実子ニ對シテハ教育ノ道ヲ失ヒ且ツ被告ニ向ヘ意外ノ惡口ヲ以テ罵詈シ其他醜体ヲ極メタリト云フモ被告一己カ口頭ノ陳述ノミニシテ其証拠ノ端緒タモ見ルヲ得可カラサルニ於テテヤ

判 決

右ノ筋合ナルヲ以テ被告ハ原告ヲ離別スヘキ權利ナキモノト心得ヘシ 明治十二年三月十七日 熊本裁判所ニ於テ裁判言渡セリ(明治一二年自一月至四月・民事判決錄)

(18) 裁判粹誌七卷六〇九頁以下。

(19) 明治一三年六月・民事判決錄。

- (20) 明治二年自七月至一〇月・民事判決録。
- (21) 加藤・前掲論文(一)一一二頁。堀内節・加藤美穂子「明治前期における離婚法」講座家族4二四三頁以下も同趣旨である。
- (22) 明治一年中・民事判決録。
- (23) 原告は林ジユエ(妻)、被告は林村次(夫)である。
右林「ジユエ」ヨリ林村次ニ対スル同居ヲ求ムル訴訟ヲ審理シ原告代人被告本人ノ陳述ヲ聴クニ原告代人陳述ノ要旨ハ原告ハ現時被告ノ妻タル事戸籍写ノ通りナリトス然ルニ近來被告ハ如何ナル故力無法ニモ原告ヲ虐待シ本年九月遂ニ其追逐スル所トナリ当時原告ハ実弟方ニ滞在セリ依テ是迄ノ通り被告ト同居ヲ求メ度ト云フニ在リ被告答弁ノ要旨ハ原告ハ第一性來慈愛ニ乏シク先妻ノ子女ニ対シ非道ノ取扱ヲ為ス事第二被告ノ顧客ニ対シ不当ノ請求ヲ為シ遂ニ營業上ノ衰微ヲ來セシ事第三被告ノ留守中私カニ金円ヲ隱匿スル等アル事以上ノ次第ニ付之ヲ離別セント欲シ一応追ヒ出シタル義ナレハ決シテ同居ヲ肯ンスルヲ得スト云フニ在リ
依テ証拠ヲ審閱シ説明スル左ノ如シ
原告ハ被告ノ妻ニシテ當時其放逐スル所トナリ居ルノ事實ナリ而シテ被告ノ同居ヲ許サスト主張スル理由ハ三ヶアリト雖
氏被告自ラ同道シ來リタル証人ノ陳述ニヨルモ原告カ先妻ノ子女ニ対シテ敢テ苛酷ノ取扱アルヲ聞カスト云ヒ又假令七當時ニ至リ被告ノ顧客減シタル景況ナリトスルモ果シテ原告ノ所為ニヨリ招キタルトノ確証モナク又被告ノ不在中私カニ金錢ヲ隱匿シタルト云フ一條証人ノ陳述ニヨルニ既ニ過去ノ事ニ屬シ今更之ヲ理由トシ同居ヲ拒ムヲ得ス
右ノ理由ナルヲ以テ判決スル左ノ如シ
原告請求ハ相当ナルヲ以テ被告ハ同居ヲ拒ムヲ得サルモノトス 訴訟入費ハ被告之ヲ負擔ス可シ 明治二十年十一月卅日於熊本始審裁判所公庭ニ始審ノ才判ヲ言渡者也(明治二〇年中自三月至二月・民事判決録)
- (24) 明治二五年自一月至六月・判決原本。
- (25) 明治前期大審院民事判決録7三九頁以下。
- (26) 森泉・前掲論文二二三頁以下。
- (27) 日本經濟大典五〇卷八〇頁以下。
- (28) 本稿はじめに注(7)参照。

(29) 明治二年自五月至六月・民事判決録。

(30) 原告は山口ムロ(妻)、被告は山口貞良(夫)である。

凡ソ夫トナリ婦トナルモノ、目的ハ專ラ道義ノ愛情ヲ以テ其心魂ヲ會合セシメ夫婦一体トナリ禍福苦樂ヲ共ニシテ益其親ヲ堅牢ナラシメ其子ヲ養育シ其業ヲ勉メ又人世免ル可カラサル老後ノ靡衰ニ及フクハ互ニ相扶助シ相倚リ相資ケ以テ盛衰ノ運ヲ共ニセントスルニ外ナラサル可シ今夫レ原告被告カ明治八年九月中結婚式ヲ行ヒ爾來相親睦シテ遂ニ一子ヲモ挙ケタルニ今ヤ之カ婦タル原告ハ夫トニ對シテ離婚ヲ要ムル所以ノモノハ夫ノ所行ハ夫タル所業ニ適ハサルヲ以テシ其甚シキハ被告ノ実弟病氣ノ際療養充分ナラサルトテ大ニ立腹シ其有様狂人ノ如ク当年生レノ小兒ヲ採テ小兒アレハコソ介抱等閑ナル可シトテ捻殺サント為シタルヨリ原告ハ周章之ヲ差留メントシタルヲ無二無三ニ毆打シタルヲ近隣ノ者迄打寄り辛シテ一命ヲ助リ得タリト又被告ハ原告ヲシテ実家ノ両親ヨリ勸當ヲ受ク可シト勸ムルヲ以テ両親ハ被告ト離婚セシメントスルヲ憤リ突然原告生家ニ馳セ來リ木太刀ヲ携ヘ原告ニ処分ノ筋アルトテ狂ヒ回ルユヘ老父ハ打驚キ第二巡查屯宮ニ此由ヲ告ケ巡查両名馳セ付ラレ被告ハ直ニ拘引セラレタリト又被告ハ一婦人ヲ招キ之ヲ愛スル事一方ナラス毎夜枕衾ヲ共シ原告ヲ視ル事讐敵モ畜ナラス斯ル有様ナルヲ以テ明治十二年八月中原告ハ生家ヘ立帰離婚ノ勸解願出タルニ被告ハ又原告生家ニ突入シ原告ヲ理不尽ニ毆打シタルニ付一家打寄り之ヲ支ヘ留メ老父ハ直ニ交番所ニ此由ヲ告ケ巡查名出張セラレタリト而シテ被告カ答弁ハ大ニ齟齬シ原告ハ夫婦タルノ後日ヲ重ヌルニ從ヒ漫心増長シテ被告ヲ奴視シ自保ノ振舞ヲナシ輕蔑モ亦甚シ然ルニ被告ハ堪忍シ唯々一モ以テ背戾セス故ニ原告ハ尚一層漫心増長スルヨリ被告独リ熟慮スルニ斯クノ如クナルクハ一時モ同居ヲ為スニ堪ヘス未タ一子モナケレハコソ毒婦ヲ去リ他日ノ禍ヲ避ルハ此時ニ在テ一日ヲ遷ス可カラサルヲ覺リ断然偕老ノ念ヲ經テ遂ニ別居ヲナシ他事ニ托シテ離別ノ談判ニ及ハントスルモ原告内田一義ナル者ニ頼テ改心方謝シテ旧ノ如クナラン事ヲ乞ニヨリ遂ニ又同居セリト又原告父亦次郎ハ一日酔後ノ語ニ曰ク娘ハ容色美ニシテ人ノ妾タランシムルニ足レリ若シ之カ妾タラシメハ娘カ榮モ極リ父母モ亦從テ錦ヲ衣佳肴美酒起臥出入トシテ安樂ヲ極メサルハナシ今不幸ニシテ被告ノ妻タリ因テ父母ハ飲酒モ醉ヲナサス弊衣飢食モ尚飽カス嗚呼娘ハ父母ヲシテ一ニ此ニ至ラシムト又被告ハ娘カ美色ニ固着シテ殘酷ノ所置ヲモ厭ハス惡ムヘキ匹夫タリト亦次郎カ醉語常ニ此ノ語氣ヲ帯ヒサルハナント又被告カ実兒病ニ罹リ當時原告ヘ看護ヲ命シタルニ患者ヲ惡クシテ死ヌナラ早ク死果サハ如斯面倒モナカル可キニ死ニモセス生キモセス実ニ業曝シノ奴人ナリ彼レカ面ヲ見ルサヘ嫌ヒナルニ況シテ看護ヲヤト思ヒ切タル斷言ニ被告モ実ニ憫レ果タリ

ト又原告ハ親里ヨリ婦ル事ノ遅キヲ以テ被告兼テ所持スル木杖ヲ携ヘ亦次郎宅ニ至レリ豈ニ図ランヤ亦次郎ハ走テ巡查屯管ニ至リ被告カ木太刀ヲ以テ乱暴スト告訴シタル由ニテ巡查兩名馳セ付ラレ拘引セラレタルモ素ト跡ナキ事ナレハ容易ニ釈放セラレタリト又原告ハ被告カ自ラ好ンテ一婦ヲ招キ毎夜枕衾ヲ同フスルモノ、如ク陳スルモ否然ラス原告ハ強テ被告ヘ一婦ヲ与ヘタルナリト其他被告ハ原告ヲ殴打等苛酷ノ所為アリト云ハ皆原告ノ訛言ナリト弁解シタリキ右ノ弁解ニ依レハ果シテ被告ノ言ノ如キカ將タ否ヲサルカ原告被告ノ胸裏ニハ知得ヌ可ケレ氏現証ノ以テ之ヲ徴知スヘキモノナケレハ熟レカ其真否ヲ視ルニ由ナキモノ、如キモ今夫レ之カ事實ヲ探討スルニ或ル日被告ハ原告カ親里ヨリ婦ル事ノ遅キユヘ當時木杖ヲ携ル事ノ流行スルヨリ兼テ所持スル木杖ヲ携ヘ原告ヲ迎ニ罷越シタルヲ原告実父亦次郎カ走テ巡查屯管ニ至リ木太刀ヲ以テ乱暴スト告訴シタルヲ以テ巡查兩名出張サレ拘引致サレト云フニ由テ觀レハ亦次郎ハ如何ナル輕率者カ知可カラサルモ世間普ク携ル木杖ヲ以テ被告カ来リタレハトテ絶テ乱暴ノ事跡ナキヲ争テカ木太刀ヲ以テ乱暴スト輕忽ニモ巡查ヲ煩シタルモノトハ公衆カ豈ニ夫レ之レニ信ヲ与ンヤ因是觀之假令木杖ニモセヨ又木太刀ニモセヨ被告カ所業ノ乱暴タル事ノ事實ハ瞭然視ルヘキモノトス夫レ婦ハ其身ヲ夫ニ委子夫ノ愛願ヲ受ケテ生涯ヲ送ルモノナレハ夫モ亦婦ヲ保護シテ且之ヲ愛養ス可キハ当然ナルニ被告ハ斯ル所為アルカラハ原告カ陳述スル処ノ被告カ行為ヲ悉ク信セサルモ被告ハ常ニ夫道ニ反シ原告ヲ殴打スル等苛虐ノ待遇アルモノト徴知セラレハクアリ又被告ハ原告カ強テ被告ニ一婦人ヲ与ヘタリト云フモノヲ世間ノ人情ニ徴スルニ婦トシテ吾夫ニ他ノ婦ヲ与ヘ他ノ婦ト吾夫カ情ヲ分テ婦トシテ豈ニ敢テ之レヲ快トシ強テ一婦ヲ与ルノ理由アランヤ況シテ原告ハ當時二十有一年ノ婦人ニシテ藕ノ毛程モ妬心ナキ淑女トモ看做シ得可カラサルニ於テテヤ夫レ斯ノ如キ事實ヲ以テ推之独リ被告ノミ夫道ニ反スルモノ、如キモ被告カ云フ如キ原告モ亦漫心増長シテ被告即チ夫ノ命令ヲ奉セサルヨリ遂ニ借老ノ念ヲ絶チシ事アル而已ナラス被告実弟病氣ノ際原告ハ之ヲ惡口シ死ヌナラ早ク死シ死ニモセス生モセス業曝シノ奴人ナリ杯ト發言シ加之亦次郎モ吾カ娘ハ美ナリ若シ人ノ妾タラシメハ云々ト此言果シテ信ナラハ原告モ亦次郎モ心得違ノ甚シト云可クシテ被告カ不快モ思ヒヤラルモノ、被告ノ所為ノ如ク猥リニ木杖ヲ以テ乱暴シ遂ニ巡查ノ為メ拘引セラレ及ヒ原告ヲ殴打等苟且ニモ道義ニ依テ社会ニ生息スル人ノ容易ニ為ヌ可カラサル行為アル而已ナラス一婦人ヲ招キ之ト枕衾ヲ共ニスルカラハ如何ニ原告カ被告ノ家ニ婦リ夫婦タルノ目的ヲ遂セシメントスルモ勢ヒ能ハサルハ勿論ニシテ被告ニ於テモ亦斯クノ如キ所為アルカラハ夫タルノ道ヲ失ヒ分身一体ノ元則ニ背キ天理人情ニ戾ルモノト云ハサル可カラス左スレハ今ヤ原告ノ戸籍カ被告戸籍ニ編入シアルヲ奇貨トシ徒ラニ原告ノ自由ヲ束縛シ所謂自己ノ吞

氣ヲ遲セント試ルモノニシテ今ヤ甘言以テ旧ノ如ク共ニ歡樂ヲ極メント弁駁スルモ豈ニ夫レ然ランヤ故ニ其名夫婦タルモ
 事実ニ於テ業已ニ夫婦タルノ目的ニ背馳スルヲ如何セン

判 決

右ノ理由ナルニ依リ被告ハ原告請求ノ通り離婚ノ手續ヲ為スコシ 但シ訴訟入費ハ被告ヨリ弁償ス可シ 明治十三年四月
 廿九日裁判言渡セリ(明治一三年自四月至五月・民事判決録)

(31) 明治一四年自九月至一〇月・民事判決録。

(32) 原告は小笠原長之(妻の父)、被告は上野平太郎(夫)である。

右小笠原長之ヨリ上野平太郎ニ対スル妻離婚ヲ要ル詞訟ヲ審理シ原告被告人双方ノ陳述ヲ聴クニ
 原告代行人陳述の要旨ハ原告長女「ツ子」ハ明治十一年十月中被告人ノ妻ニ嫁シタリシカ明治十二年ニ至リ被告人ハ用
 事アリテ上京中頗ル遊蕩ヲ極メ分外ノ金員ヲ浪費シ帰國後モ猶不品行止マズ往々一家ヲ維持スルノ見込ナキヨリ示談ノ上
 明治十三年六月中離婚シタリ然ルニ明治十四年七月中被告人ノ亡父上野平八及ヒ其親屬等ヨリ原告人ノ親屬溝口貞幹ヲ經
 テ再婚ヲ求メ原告人ハ再庇之ヲ辞退シタレ氏被告人カ品行上悔悛ヲ加ヘタル事ヲ述ヘ万一今後被告人カ品行上ニ依リ「ツ
 子」カ身上ニ係リ談判ノ事故アル時ハ親屬ニ於テ之ヲ負担取捌クヘキハ勿論何時離婚スルモ差支ナシトテ契約書ヲ差入レ
 再婚ヲ為シタルニ尔來被告カ行状ヲ拳レハ明治十九年中「ツ子」カ病氣ニテ入院セシ留守窃カニ村上新八長女「ヤス」ナ
 ル者ヲ被告宅ニ呼入レ妾ト為シ戸籍ニ編入シ又本妻アル身分ニテアリナカラ尚ホ他ヨリ本妻ヲ呼入レントシ又三角ヘ家屋
 建築中尊長ヲ抱ヘタル身分ニテアリナカラ糧米ノ用意モナシ置カス婦人ヲ引連レ所々ヲ徘徊シ其他不品行ノ所為尠カラス
 又明治十八年九月中原告人カ中津伊兵ヨリ取入レタル買返シ付ノ地所売渡証文ヲ交付シ利米請求方ヲ被告人ニ委託シタル
 ニ被告人ハ伊兵ヲ欺キ擅ニ証文ヲ消印シ更ニ自己名宛ノ地所売渡証文ヲ出サシメ該地所ヲ他ニ売却シテ之レカ代金ヲ費消
 シ外親戚ノ交際ヲ疎隔シ内ハ家事ニ注意セス亦夫婦間ノ情誼ナシ故ニ明治廿年七月中「ツ子」ハ実家即チ原告方ニ引取り
 被告人ニ離婚ヲ申込ムモ之レニ応セス遂ニ勸解出願シタルモ被告人ハ勸解廷ヲ忌避シ隱匿出沒所在ヲ極メス一回タモ出廷
 セス勸解不調トナレリ以上ノ次第ナルヲ以テ離婚ヲ求ムト云フニ在リテ之レカ証拠トシテ甲第一号乃至第五号証ヲ提供セ
 リ被告人答弁ノ要旨ハ被告人ハ原告人ノ長女「ツ子」ヲ妻ニ迎ヘル來睦敷相暮シ子モ拳ケシ次第ナレハ今更離婚ヲ為スハ
 婚姻ノ目的ニ反スルノミナラス一家立チ行キ難ク亦小供ノ成行ヤ夫婦ノ体面上ニモ非常ノ不都合ヲ來スハ勿論最初婚姻ノ

際ハ被告人モ数万ノ財産ヲ有シタレト商業上非常ノ失敗ヲ来シ殆ント家産ヲ傾クルニ至レリ去ナカラ榮枯損得ハ自然ノ定数ニシテ富豪ニ当テハ妻トナリ貧苦ニ際シテハ離婚スルト云フカ如キハ実ニ夫婦ノ關係ヲ知ラサルモノナリ況ンヤ原告人カ離婚ノ理由トシテ列挙シタル条項ハ一ツモ正当ノ理由トナラサルニ於テオヤ故ニ原告人ノ請求ニハ応シ難シト云フニ在リ

依テ証拠ヲ審閲シ引合人上野「ツ子」ノ陳述ヲ聴キ説明ヲ為ス左ノ如シ

本訴原告人カ離婚ヲ要求スル理由ハ第一被告妻カ病氣入院中被告人ハ他ヨリ婦女ヲ呼入レ妾トナシ戸籍ニ編入シタル事第二本妻アル身分ニテアリナカラ被告人ハ他ヨリ本妻ヲ迎ヘントシタル事第三被告人カ不品行ナル事第四被告人ハ原告人名義ノ地所ヲ擅ニ売却シテ其代金ヲ費消シタル事等ノ四点ニ在リトス依テ其条項ヲ追テ審案スルニ

第一項被告人カ村上新八長女ヤスヲ妾トシ戸籍ニ編入シタル事實ハ甲第二号証ニ徴シ明確ナリトス而シテ妾ヲ蓄ルハ法律上禁スル処ニアラスト雖モ被告人ハ妻「ツ子」トノ間ニ數子ヲ挙げ他ニ欠点アルニアラス亦事故アルニモアラサルニ「ツ子」ノ承諾ヲ得ス尙カニ他ノ婦女ヲ自宅ニ引入レ妾ト為シ剩ヘ戸籍ニ編入スルカ如キハ徒ラニ一己ノ快楽ヲ貪リ夫婦間ノ情誼ヲ破ルノ甚シキモノト云ハサルヲ得ス

第二項被告人カ有妻ノ身分ニシテ他ヨリ本妻ヲ呼入ントシタル事實ハ原告人ニ於テモ証拠ヲ示スル能ハサレハ果シテ斯ノ如キ事實アリト断定スル事ヲ得サレト其事柄タル被告人ノ親屬ナル井上鎌治方ニ先方ヨリ被告人ノ世計妻ノ有無等ヲ尋子ニ來リシト云ヒ原告人ハ其事ヲ鎌治方ヨリ聞キ得タリト云フハ全く無実ノ事トモ見做スヲ得ス果シテ其事ノ端緒タモ之レアリシモノトセハ被告人ノ薄情ナル事推テ知ルヘキナリ

第三項被告人カ不品行ノ事ハ原告人モ一々之ヲ証明スルヲ得サレト親屬ヨリ甲第三号証ノ如キ定約証書ヲ原告人ニ差入レ「ツ子」ヲ再婚セシメタル事跡及ヒ被告代言人カ公庭ニ於テ被告人ノ不品行ハ或ハ之レアリタルナラント考フル旨ヲ答ヘタルト被告人モ此点ニ付別ニ論争セサル等ノ諸件ニ徴スレハ被告人ハ不品行ノ名称ヲ下サルヘキ行為アリシモノト見認メサルヲ得ス果シテ然ラハ夫ノ不品行ハ其妻ノ身分トシテ黙止スルニ忍ヒス又止ムヲ得サル一事故トスルヲ得ヘキナリ

第四項被告人カ原告人名宛ノ地所売渡証書ヲ消印セシメ自己ノ名義ニ變更シ之ヲ擅ニ他ニ売却シテ代金ヲ費消シタル事實ハ甲第四五号証ニ依リ証明シ被告人ハ之レカ反証ヲ掲ケサルヲ以テ視レハ斯ノ如キ事實アリシモノト見認メサルヲ得ス果シテ然ラハ其行為ハ破廉恥ノ甚シキモノニシテ舅姑ハ勿論妻ニ對シテモ情誼ヲ破リタルモノト云ハサルヲ得ス

以上列挙スル外被告人ハ「ツ子」カ其妻子ヲ連レ明治廿年七月原告人方ニ引取りタル以來家僕ヲシテ一回尋子シメタル而已ニテ引戻ノ申込モ為サス亦何一ツノ仕贈リヲモ為シタル事ナク且ツ名ヲ外国行等ニ藉リ法廷ヲ忌避スル等ノ事跡ニ徴スレハ夫婦ノ情誼已ニ破レ之ヲ弥縫スヘカラサルモ被告人ハ徒ラニ離婚ヲ拒ミ在舊年月ヲ経過セシメ「ツ子」カ一身ヲ無形ニ拘束シテ自由ヲ妨害スルモノ、如シ要スルニ原告人カ請求ハ正當ノ原因アルモノニシテ到底被告人ハ「ツ子」ト夫婦ノ情誼ヲ全スルノ望ミナキモノト認定ス

依テ判決スル左ノ如シ

前説明ノ通りナルヲ以テ被告人ハ原告人ノ請求ニ応シ妻「ツ子」ヲ離別スヘシ 訴訟入費ハ被告ノ負担トス 明治二十二年十月三十一日 熊本始審裁判所公廷ニ於テ始審ノ裁判ヲ言渡ス者也 (明治二十二年自一月至二月・民事判決録)

(33) 原告は坂本すみ(妻)、被告は坂本藤蔵(夫)である。

坂本すみヨリ坂本藤蔵ニ対スル離婚ヲ拒ムノ訴訟審理ヲ遂ル処原告訴ル要領ハ明治二十二年七月五日原告ハ被告ノ妻ト為リ爾來夫婦ノ間至極睦間敷シテ明治十一年迄ニ六歳ニ相成ル女子ト二歳ニ相成ル男子ト二人ヲ出生致シタリ然ルニ明治十年十二月廿三日原告ノ親里ヨリ原告ヘ用向アリトテ使ヲ遣ハセシユヘ取り敢ヘズ罷越シタルニ思モ寄ラズ親里ヘハ被告ヨリ雇人大曲左八ト申ス者ト姦通致セシトノ申込ミアリシ趣ニテ親里ニ於テ原告ハ其虚実ヲ糺サレ夢更心ニ覺ヘナキ事ナレバ當惑ノ至リ去リナガラ女ノ一大事捨テ置クベキ事ニアラザレバ被告ニ対シ聊カ争論ヲ好ムニハナケレドモ止ム無ク親兄弟ニ依頼致シ此冤枉ヲ雪カン為メ被告ヘ掛合中被告ハ原告ト左八ト姦通致セシトノ事ヲバ更ニ証拠立ズシテ只家風ニ協ハズトテ離婚申越シタレドモ原告ニ於テハ離婚ノ根元ヲ承知致サザル上ハ決テ離婚ノ掛合ヲ受ケ難シ原告ト左八ト姦通致セシトハ何等ノ根拠アリテ至大ノ恥辱ヲ与ヘラレシカ何等ノ明証アリテ至重ノ榮譽ヲ汚サレシカ婚姻致セシヨリ十年ヲ過キ二人ノ子マデ為シタル者ヲ今更家風ニ協ハズトテ離婚セラル、ハ何等ノ原因ヨリシテ離婚セラル、モノカ詳細ノ明示ナケレバ推テ離婚ヲ拒ム旨申立被告答ル要領ハ原告ト左八ト姦通致シタルヲ被告ニ於テ目撃致シタルニハアラズ若シ目撃致シタルナラバ其假ニハ差シ措キ難シ併シナガラ其風評ハ誰レ彼レト無ク市中ニ唱フル者アルヨリ明治十一年一月十一日熊本新聞第貳百五十号雜報欄内第六項及明治十一年五月三十日第三百十七号雜報欄内第十四項ニモ之ヲ掲載セラレタリ第壹号第貳号証即チ是ナリ此雜報ハ原告ヲ誹謗シ併テ被告ヲ嘲弄シタルモノニシテ男子ノ凌辱ハ之レニ過キタル事ナシ然ルヲ原告ニ於テ姦通ノ根拠ヲ明示セヨト請求セドモ被告ト原告トハ既ニ二人ノ子マデ為シ中ナレバ固ヨリ謂ハレ無ク離婚致スベキヤ

斯ク新聞ニモ掲載セラル、程ノ体為ラク余儀無キ事情ヨリ二人ノ子ニ対シテハ袖ヲ濡シテノ決断ナリ原告ニ対シ別ニ家風ニ協ハザルノ原因ヲ明示スルノ義務ナシ被告ハ男子ノ特權ヲ以テ離婚致ス旨申立ルニ付條理ヲ推究スル事左ノ如シ

凡ソ夫婦ノ間夫ハ其婦ヲ保護シ婦ハ其夫ニ聽順スルハ一般ノ通誼ニシテ情勢ノ然ラザルヲ得ザラシムルハ抑モ性法ノ命令スル所ニシテ此ヲ是レ造化ノ効果覆載間ノ真理ナリト云ハザルベカラズ此故ニ夫ハ其品行嚴格整肅ニシテ宜シク其婦ヲ保護スベシ婦何ソゾ敢テ其夫ニ聽順セザルヲ得ベケンヤ婦ハ其風采方正良淑ニシテ職トシテ其夫ニ聽順スベシ夫何ソゾ敢テ其婦ヲ保護セザルヲ得ベケンヤ夫ハ其婦ヲ保護シ婦ハ其夫ニ聽順シ夫婦親ミ相愛シ而ル後チ初テ二軀一体ノ情交ヲ見ルベク階老同穴ノ契約ヲ遂クベシ然ラズシテ夫ハ其婦ヲ虐使スル恰モ奴隸ノ如ク婦ヲシテ僅ニ睡眠ニ間ニ呼吸セシメ毫モ其權利ヲ暢達スル事能ハザラシムルニ於テハ女子ハ男子ノ為メニ特ニ造為シタル奢侈ノ一物ト見做サザルベカラズ草昧ノ時ハ知ラズ今日斯ル情態アツテ可ナランヤ勿論之レ無キ上ハ夫ニシテ其婦ニ対シ何ソゾ之ニ与フルニ恥辱ヲ以テセン夫ハ固ヨリ其婦ノ榮譽ヲ汚スヲ以テ心ニ之ヲ肯シトセザレバナリ之ニ反シ婦ノ失徳ニ由テ生スル所ノ弊害ハ其緒百端ナリト雖氏苟モ其大綱タル貞節ノ守防ヲ弛緩スル時ハ人心忽チ敗壞シ社会ノ蠱害実ニ之ヨリ大ナルハナシ是以テ人ノ婦タル者ハ百事ノ檢束ハ言ヲ竣タズ殊ニ猥褻ノ言行ハ之ヲ抑絶スベキ而已ナラズ其影響ノ微ヲモ併テ之ヲ禁止セザルベカラズ踰牆ノ名蹟隙ノ声一たび衢街ニ伝播ス管ニ其夫ノ制裁ヲ免ヌカル、事能ハサルノミナラズ社会ノ擯斥ヲ防クニ由ナカルベシ是ニ於テカ夫ハ寔ニ其躬行ニ反省ナキ能ハズ一朝猥褻ノ浮説ヲ取ル浮説豈ニ一身ノ恥辱ニ帰シ一身ノ榮譽ヲ汚スニ止マランヤ其夫ヲ凌辱スルハ之ニ過キタル事ナケレバナリ今夫レ本案ニ於テ原告ハ姦通ノ証拠立ト家風ニ協ハザル原因ノ明示ヲ要求ス此要求ハ被告ニ対シ余リ思慮ナキ次第ニハアラズヤ何ントナレバ原告ハ決テ姦通セシ事ナシト明言シ固ヨリ姦通スベキ道理ナケレバ姦通ノ実蹟確徴アルベキ理由ナシ現ニ其無キヲ知テ之ヲ求ム抑モ是ヲ思慮ナキ次第ナリト云ハザルヲ得ベカラズ若シ然ラズンバ原告ニ於テ其実蹟確徴ヲ隱蔽シ被告ノ力ヲ仮テ其実蹟確徴ヲ摘發セントスルカ惑ヘルモ亦甚ダシ必スヤ其要求ニハアラザルベシ是ニ於テカ原告ト左八トハ姦通セシ事無キニ依リ其証明ヲ得ベキ理由ナシト去リナガラ原告ト左八ト姦通ノ浮説ハ阡陌ニ風聞セシ事ハ兩造ニ於テ知了スル処ナルベシ夫故被告提供スル処ノ第壹号第二号証即チ熊本新聞第二百五十号及ヒ第三百十七号雜報欄内ニ猥褻ノ行事ヲ掲載セシ事判然タレバ也兎ハ云ヘ雜報ハ果テ兩造ヲ指笑シタルモノカ將タ他人ヲ指笑シタルモノカハ該新聞記者ニアラザレバ之ヲ詳知スベカラズト雖氏兩造ニ於テ兩造ヲ指笑シタルモノト信スル上ハ兩造ノ身分ニ関涉スルハ言ヲ竣タズ被告ハ原告ノ為メニ凌辱ヲ受ケタリト云フモ亦敢テ非理ニハアラザル

ベシ而シテ原告ハ該新聞ニ猥褻ノ行事ヲ掲載シタルハ畢竟被告ノ嫉妬心ニ起因シタリト陳スルモ果テ然ルカ或ハ原告操守ノ不檢束ヨリ胚胎シタルカハ是又該浮説ヲ唱フル者ニアラザレバ之ヲ詳知スベカラズト雖モ其浮説ノ発端ハ到底原告ノ失德ニ帰セザルヲ得ベカラズ蓋シ婦タル者其意中ニ其夫アル事ヲ銘鏤シ其操行ニ懈怠ナケレバ踰牆ノ名蹟ノ声決テ襲フ事能ハザレハナリ夫然リ然ハ則チ原告ト左八トハ姦通ノ名アツテ姦通ノ実ナシトスルモ被告ニ於テ其名アルヲ擯斥スルハ原告ニ於テ之ヲ如何ントモスル事能ハザルベシ良シヤ被告ハ原告ニ対シ家風ニ協ハザルノ原因ヲ明示セザルモ斯ル浮説ノアル上ハ原告ニ於テ被告ニ対シ其明示ナケレバ離婚セラルノ理由ナシト陳スベキ權利ナキハ昭々トシテ理ノ尤モ觀易キモノニアラズヤ

判決

前条ノ筋合ナルニ付原告ハ被告ノ離婚ヲ受クベシ 明治十一年十月廿五日 熊本裁判所ニ於テ裁判言渡セリ(前出注

(22) (同じ)

(34) 原告は松本梅(妻)、被告は松本百蔵(夫)である。

原告松本梅ヨリ被告松本百蔵ヘ係ル相引離別拒ノ訴審理ヲ遂ケ条理ヲ推考シ之カ裁判ヲ為ス左ノ如シ
 人身ノ自由ハ人ノ得テ之ヲ束縛スヘキ者ニアラサレハ良シ柔順ヲ尊フハ婦人ノ職分ナルモ其承諾セサル事件ヲ強ユルハ夫タル者ト雖モ決シテ之ヲ為ス事得ヘカラス若シ強テ其自由ヲ束縛スルニ当テハ婦タル者モ豈之レニ一任シテ其身体ノ自由ヲ失却スルノ道理アランヤ蓋シ原告カ被告ヨリ其身ヲ強テ雇人ト為シタル原因トシテ離婚ヲ要求スル者ハ其薄情ナル夫ト離別シテ併テ天賦ノ自由ヲ保存セント欲スルニ外ナラサルヘシ故二本訴ニ於テハ職ラ原告カ池田菊平ノ雇人ト為リタルハ其承諾ニ出タルヤ否ヤヲ審究スルヲ以テ必要ナリトス然リ而シテ原告ハ其各号ニ依テ之レヲ証セントスルモ其各号証ハ惣テ間接ノ証拠ニ属シ原告ノ不承諾ナリシ事ヲ見ルニ足ラサレハ其否スト云フ被告ヲシテ服従セシメ能ハサル者ノ如シ然則之レヲ被告カ陳述ニ任セテ雇人ト為リタルハ其隨意ニ出タル者ト為サレ得サルヤ否ヤ々両造ノ陳述ヲ審聽シテ其事実ヲ推測スルモ其雇人ト為リタルハ決シテ隨意ニアラサル事ヲ徴知セラルヘシ奈トナレハ被告ノ言ノ如ク原告カ池田菊平ト直接ニ契約シテ自ラ期限ヲ定メ之レカ雇人ト為リタル者ナラハ時已ニ秋冷ニ向フ日ニ於テ何ソ一枚ノ衣類ヲモ提携セサリシヤ何ソ一人ニシテ他ニ寄ル所ナキ其母ニ其事ヲ謀ラサルノミカ之ニ別ヲモ告ケスシテ立去タルヤ此二点ハ両造ノ陳述ノ相符合ス所ニシテ事實ニ相違ナカルヘキヲ以テ已ニ此二点ノ事實アル以上ハ人情上ニ就テ之ヲ觀ルニ瞭然トシテ原告

カ随意ノ奉公ニアラサリシ事ヲ知ラルヘシ其已ニ随意ノ奉公ニアラサル以上ハ則之レヲ被告カ強制ニ出タル者ト看做サルヲ得ヘカラサレハ被告カ口陳ノミヲ以テ之レヲ否ラト云フヲ得サルナリ夫レ斯ノ如ク被告ハ原告ニ対シ自由ヲ束縛スルノ跡アルカラハ原告被告ガ夫婦ノ愛情ハ既ニ已ニ断絶スル者ニシテ僅ニ名義ノ存スルニ止ル者ナレハ被告ハ宜ク其名義ヲ解除シテ原告ノ自由ヲ得セシムヘキハ条理ノ当然ニシテ之ヲ拒ミ得ヘキノ筋合ハ万々之レナキモノトス

判決

右ノ理由ナルヲ以テ被告ハ原告ノ請求ニ応シ之ト離婚スヘシ 但訴訟入費モ被告ヨリ償却スヘシ 明治十四年一月廿二日 熊本裁判所(明治十四年一月・民事判決録)

(35) 前出注(14)に同じ。

(36) 明治一六年自八月至一二月・民事判決録。

(37) 明治一四年二月・民事判決録。

(38) 明治一五年自一月至八月・民事判決録。

(39) 前出注(34)に同じ。

(40) 明治一五年自一月至六月・判決原本。

(41) 明治前期大審院民事判決録6二六八頁以下。

(42) 明治一七年自一月至四月・判決原本。

(43) 前出注(42)に同じ。

(44) 明治一三年・控訴上告分判決原本綴。

(45) 星野通・民法典論争史(昭和二四年・河出書房版)一一三頁以下。

中川善之助教授も次のように指摘される。「この布告(注、明治八年六月八日太政官第一〇三号布告)の発布せられてから尚ほ二十数年間は民法典の編纂が完成せられなかったが、しかしその間にあってフランス法典を典型とした民法編纂事業が進められ、これに関する法律的知识がしきりに普及しつつあったから、条理に対してこれが重要な影響力を揮ったと考えられる。」(私法史《法律史後編》一〇頁)

(46) 裁判粹誌六卷三三四頁以下。

む す び

従来の明治前期離婚法に関する諸説は、いずれも明治六年太政官第一六二号布告の画期的意義は一応認めつつも、現実には夫の専権離婚制であり、妻の「自由ノ権理」の保護というこの布告の趣旨との間に大きな乖離があったことを指摘している。

上述したように、森泉教授によれば、福島裁判所判決例研究の結果、「当時近代法確立準備期における離婚法は、妻に形式的な離婚請求権をみとめたことはともかく、幕藩体制下の家父長的形態によって規定づけられた離婚慣習をそのまま踏襲し」ており、妻の忍従・従順を基礎とした「男子専権離婚判例法」だったとされている。¹⁾ また加藤氏は、先例研究により「明治六年の太政官第一六二号布告の出現が、当時において画期的であることは、たしかに何人も否定しえないであろう。」²⁾ が、「離婚の態様と離婚原因の観点からしても、当時（注、明治前期）の離婚法が明治民法よりも、むしろ明治民法以前の封建的、夫の専横的離婚法により近い、いや同質とも言うべき離婚法であったと言わざるをえないであろう」し、妻にとっては冷酷な離婚法であったと結論される。³⁾

玉城肇教授は、「太政官布告（注、明治六年太政官第一六二号布告）は、『人民自由の権利』を単に形式的に認めたに過ぎないのであって、事実上離婚は、徳川時代に行はれたもの（注、夫による無因離婚制）と変るところがなかったのである。……『人民自由の権利』は、夫によってのみ利用せられる自由の権利となり、妻は一層不安な地位に陥れられたのであった。」と述べられる。⁴⁾

太田武男教授は、「民法施行前のわが国離婚原因に関する諸規定は、……明治六年の太政官布告第一六二号の存在にも拘わらず、依然として、夫婦不平等主義的であり、且つ家族制度的な規定をも内含するものであった」と述べら

れる。⁽⁶⁾

高柳真三教授によれば、「これら（注、第一六二号布告と訴答文例など）は簡単な規定であっても、旧時代の婚姻法の殻を破って、離婚法においても妻に夫と対等の権利を認めようとしたものであり、明治民法成立の重要な布石をおいたものであることは、これを認めねばならない。しかし妻の離婚訴権はその行使の態容においても、またその内容においても、近代法の態をそなえたものというところのできないものであった」とある。⁽⁶⁾

石井良助教授は、「明治六年に妻の離婚請求権が認められたといっても、多くの場合には、離婚は協議離婚（実際は夫による強制離婚が多かったのであろう）か、行政官の認可によってなされたのであり、訴の方法というのは、むしろ、妻の離婚請求を困難にする作用を示していた。明治六年に妻の離婚請求権が認められ妻の地位が向上したということは、観念的には正しいのであるが、実際の運用上は、妻にとって不利に作用したことがあったことが、注意をされなければならない。」と説かれる。⁽⁷⁾

しかし、以上熊本裁判所判決例を中心に検討してきたところでは、妻は完全な訴訟当事者能力を有しており、離婚訴訟における妻勝利判決のきわめて高い比率によって明らかのように、裁判所によって妻の離婚意思は保護されていたということができよう。また妻は夫の勝手な追出に対し離婚拒否の訴もなすことができたのであり、さらにいわゆる舅去も否定されていた。ここでは夫や舅姑の離婚意思が抑制されており、この意味でも裁判所は妻に保望を与えていたことが明らかになったと思う。

そこには、「人民自由ノ権理」として夫の専横からの救済を宣言した第一六二号布告の精神が脈打っていると言えるであろう。

熊本裁判所判決例という史料のローカリティの問題や明文規定がないところからくる裁判官による判決の多様性

・不統一性の問題といった制約により、全国的展望を述べることは差し控えなければならぬが、わたしの判例分析の結果からは、少なくとも明治前期における離婚法は夫の専権的離婚法であるとする従来の見解とは違った結果が導き出されたのである。

準拠すべき成文法が未完備であり、主として条理による裁判を行なっていた当時の裁判官たちの条理観には次のような諸要素が働いていたと考えられる。

第一に、それは自由平等の個人主義を基調とした西欧の近代的法思想である。

箕作麟祥の仏蘭西民法翻訳にはじまる太政官制度局の『民法決議』（明治四年）以来、司法省明法寮の『改訂未定本民法』（明治五年）、『民法第一人事編』（明治五年）、『皇国民法仮法則』（明治五年）、司法省の『箕作訳仏国民法書入本』（明治六年）、『民法仮法則』（明治六年）、左院の民法各規則草案（明治六年）、司法省のいわゆる『明治一年民法草案』、明治二三年のいわゆる『旧民法』という民法典編纂過程の中で、それを運用すべき裁判官も育成されていくことになる。

「裁判所無之諸県」に対する明治七年二月二十七日司法省第三号布達には次のようにある。

当省官員ノ内訟獄事務慣練ノ者讓受任用致シ度旨諸県ヨリ往々申立ノ向モ有之候処当省ニ於テモ預備ノ官員ハ無之ニ付一々其求ニ応シ兼候乍去聽訟断獄事務ハ固ヨリ当省ノ主任ニ有之上ハ今後右慣練ノタメ掛リ官員差出シ実地事務見習ハセ度者ハ差許シ可申候間別紙規則ノ通相心得当省ヘ可申出候条此旨相達候事

〔別紙〕

一諸県官員訟獄事務見習ノ為メ当省ヘ出勤到サセ度者ハ令參事ヨリ書面ヲ以テ申立本人差出可申事

一右出勤致シ候者ハ本人志願ニ任セ聴訟断獄各局ニ分課シ総テ当省官員ノ副トシ事務取扱ハセ可申事

一当省出勤中ハ当省官員ノ心得ニテ事務章程及ヒ省中諸規則ヲ遵守スベシ若シ犯公私罪又ハ規則違背ノ者ハ直チニ
当省ニ於テ相当ノ処分可致事⁽⁸⁾

当時全国の大半の県では裁判所が設置されておらず、県庁の聴訟課で裁判事務を行っていた。司法省では、これらの諸県の県令・参事の要請により、出向してきた地方官員を聴訟断獄事務官員として見習養成することを引き請けることにしたのである。一般的にいつても、明法寮（明治四年九月設置、明治八年五月廃止）の卒業生は僅少であり、⁽⁹⁾当時の裁判官の不足は到底解消されなかった。したがって右司法省第三号布達は裁判官養成の急需に應える意味があったのであり、この短期的、実務的裁判官の養成は、明治九年以降司法省法学校に設けられた修習年限を二年とする員外出仕制度や三年とする法学生徒（速成生徒）⁽¹⁰⁾の制度に引き継がれたのではないかと推測される。このように短期間に養成された裁判官たちは、当時の裁判官のうちの大半を占めるであろうが、老大なフランス法大系の解釈・運用は期待できないものの、⁽¹¹⁾婚姻は主体的な男女の契約であるといったその根本精神は理解されていたであろう。そこにはフランス民法を基調とする民法典編纂事業という時代的影響も考えられる。

第二には、第一六二号布告以前の近世社会においても、行政庁によってではあるが、夫の専権離婚制に対する妻の保護がなされていたという実態があったこと⁽¹²⁾であり、それが妻の保護の立場に立つ判決の出された遠因にあるのではないかと推察されることである。

ところが第一六二号布告の文言にも「其婦離縁ヲ請フト雖氏夫之ヲ肯セス」とあるように、夫が離婚を承諾しない場合に裁判離婚となったと考えられるが、⁽¹³⁾だが実際に行なわれた離婚の中で裁判離婚の占めた比率は、⁽¹⁴⁾勸解制度と

の密接な関係もあり、きわめて僅少であり、また裁判離婚となつても大部分は下級審で終結し、大審院まで進むものは極少であつたと考えられる。

『明治前期大審院民事判決録』『裁判粹誌』『大審院民事判決録』を管見したところでは、明治前期において、夫が婿養子でない場合、離婚関係の判決例は次のように一一例しか見出せないのである。夫からの離婚請求事件は明治一四年二月二一日判決と同二四年一〇月五日判決の二例、妻側からの離婚請求事件は明治一七年二月二六日判決と同二八年一月一日判決の二例、夫からの事実上の妻の呼戻ならびに送籍請求事件は明治一一年一月二一日判決、同一三年七月三一日判決、一七年一月二二日判決の三例、夫からの離婚にともなう送籍請求事件は明治一五年一月一三日判決の一例、夫死亡後、夫家からの離別送籍請求事件（舅去）は明治一〇年五月二二日判決の一例、夫死亡後、妻側からの離別送籍請求事件は明治二五年九月二三日判決の一例、妻側からの事実上の妻と子の夫宅への引取ならびに送籍請求事件は明治二五年九月一九日の一例である。しかし、ここで注目すべきことは、明治一一年一月二一日判決、同一七年二月二六日判決、同二四年一〇月五日判決の三例を除き、すべて妻側勝訴判決となつてゐることである。

つぎに、熊本裁判所の判決を不服として控訴審まで進んでいるもののうち、同裁判所に保管されている民事判決原本によつて確認されたものは、妻側からの離婚請求事件は明治一三年一月三〇日判決、同二六年一月一三日判決、同三一年五月二五日判決の三例、妻側からの協議離婚にともなう送籍請求事件は明治三〇年三月二二日判決の一例にすぎない。このうち、明治三〇年三月一日判決例と同三一年五月二五日判決例では原判決が廃棄され妻側の逆転勝利となつており、明治一三年一月三〇日判決例では夫からの控訴が却下されている。また明治二六年一月一三日判決例は控訴棄却となつており、第一審につき夫の勝訴となつてゐる。

で、「家」制度の再編との関連でどのように変化してゆくのかを説明することが残されているのである。

〔表5〕日本の離婚率

（人口1000につき）

年次	婚姻率	離婚率	婚姻に対する離婚の割合
明治13年 (7月—翌年3月)	5.73	2.36	0.41
14 (7月—12月)	6.30	2.72	0.43
15	8.42	2.62	0.31
16	9.01	3.39	0.37
17	7.60	2.90	0.38
18	6.80	2.97	0.43
19	8.18	3.06	0.37
20	8.55	2.83	0.33
25	8.50	2.76	0.32
30	8.45	2.87	0.34

注、玉城肇『新版日本家族制度論』より引用

このように、離婚に関する事件は大部分が下級審限りで終結したのであるから、他の下級審の判例離婚法の研究が将来の課題の一とされなければならない。

〔表5〕の明治一三年以降の離婚統計によると、明治前期における離婚率は三—ないし四三パーセントときわめて高く、この大部分はいわゆる協議離婚によっていたと推測され、協議離婚という名の下に、多数の妻たちが裁判の恩恵を蒙ることなく悲惨な立場におかれていたと思われる。ここにおける法律外的決着を強制していた社会規範を法制史の学問対象として生きた法の中にとり入れていくことは重要であり、将来の課題の一としたい。またもう一つの課題として、裁判離婚法が本格的民法典編纂過程の中

- (1) 森泉章「明治民法施行前の判例離婚法―福島裁判所判決例を中心として―」福島大学商学論集三二巻三号二二三、二二〇頁。
 - (2) 加藤美穂子「明治前期における離婚法―先例を中心として―」法学新報七七巻七・八・九号一九八頁。
 - (3) 堀内節・加藤美穂子「明治前期における離婚法」講座家族4二四四頁。
 - (4) 玉城肇・日本家族制度批判一〇六頁。
 - (5) 大田武男・離婚原因の研究六頁。同「破綻主義」家族問題と家族法Ⅲ二二七頁も参照。
 - (6) 高柳真三「明治民法以前の離婚法―家族問題と家族法Ⅲ一三八頁。
 - (7) 石井良助「明治初年の離婚法―離婚原因の研究―」法制史論集二巻四七二頁以下。
 - (8) 根岸錦重編纂・続編訴訟必携全三三三丁以下。
 - (9) 利谷信義「日本資本主義と法学エリート―明治期の法学教育と官僚養成―」思想一九六五年七月号八八七頁。
 - (10) 池田寅二郎「法学教育と法官養成」司法資料一〇四号六六頁。司法省編纂・司法沿革誌の明治九年四月、同年十二月、同年七月、同十三年二月、同十七年七月などの事項参照。
 - (11) 石田穰「明治八年太政官布告第一〇三号」民法学の基礎一八三頁。
 - (12) 鎌田浩「江戸時代離婚法の再検討―いわゆる専権離婚制への疑問―」牧健二博士米寿記念日本法制史論集三五七頁以下。高柳・前掲論文一七頁以下。高木侃「離婚状に関する若干の考察―縁切寺における離婚に関連して―」関東短期大学紀要一六集七三頁以下。
 - (13) 明治前期における離婚の態様につき、加藤美穂子氏は、先例分析の結果、「裁判離婚」、「願出離婚」、「届出離婚」に分けることができ、その他に当事者間の協議によって成立し行政官庁へ届け出るいわゆる「協議離婚」があったとされる（「明治前期における離婚法―先例を中心として―」法学新報七六巻一一・一二号一〇九頁以下）。
- 高柳真三教授は、「協議離婚」と「裁判離婚」に大別され、さらに前者を「届出」と「願出」に分けられる（前掲論文一九頁以下）。大竹秀男教授も、「協議離婚」と「裁判離婚」に大別され、前者には親族間の協議が必要なものとそうでないものがあり、「届出」で足りるものと行政官庁へ「願出」てその許可が必要なものがあつたとされる（「家」と女性の歴史二五八頁）。

穂積重遠博士は、夫婦協議のものは「協議離婚」、夫婦の協議はなくて親族協議の上のものは「行政離婚」、夫婦の協議も親族の協議もないものは「裁判離婚」であるとされる（「民法施行前の離婚原因（離婚原因論の一）」離婚制度の研究 七二三頁）。

- (14) 勸解とは和解を勧奨する意味であり（石井良助・明治文化史2法制編二四四頁）、それは調停的和解的性格を有していた。当初勸解は訴訟当事者の請求によりなすべきものであったが、次第に民事の訴訟はなるだけ勸解を乞わせるという勸解前置主義ともいべき性質を強めていった（石井・前掲書二四五頁）。勸解統計によってもきわめて多数の事件が勸解により処理されていたことが分かる（染野義信「司法制度」日本近代法発達史2一三〇頁。石田・前掲書一八二頁）。熊本裁判所の離婚に関する判決例の中にも、勸解不調となり訴を起したという文言のあるものがある（明治一五年二月一日判決例、同二年一〇月三十一日判決例など）。

- (15) 高柳真三・明治家族法史（法學理論篇83）六〇頁。

〔付記〕

本稿の史料である熊本地方裁判所蔵民事判決原本の長期間にわたる閲覧について、御理解と御便宜を戴いた同裁判所所長以下事務官の方々ならびに熊本大学に対して、ここに深甚なる感謝の意を表する。

なお本稿の要旨は、昭和五六年四月二日東京大学で開催された法制史学会第三三回総会において発表したものである。