

芸娼妓契約の法的効力

山中 至

はじめに——大審院の支配的見解——

最高裁第二小法廷昭和三〇年一〇月七日のいわゆる前借金無効判決⁽¹⁾は、従来の判例理論からの絶縁を宣言したものであり、前借金をめぐる判例の画期的な転向を示したものととして大きな評価をされている。その判例理論の骨子は次のようなものである。酌婦として稼働する契約と、消費貸借名義による前借金の授受は、それぞれ独立のものではない。それらは対価関係、密接不可分関係にあるから、契約の一部たる酌婦稼働契約が無効であれば、契約全体も、すなわち前借金自体も無効となる。この最高裁判決がだされるまでの前借金契約についての、大審院の支配的見解は、最も簡略化して述べれば、前借金稼働契約は稼働契約と前借金契約とのそれぞれ別個独立の二個の契約からなり、債務弁済方法としての前者がたとえ公序良俗に反して無効であっても、このことは純然たる金銭消費貸借契約である前借金契約には何らの影響も及ぼさない、というものである。

例えば、この最高裁の判決にある大審院大正一〇年九月二九日判決「貸金并損害賠償請求ノ件」⁽²⁾では、芸娼妓稼働を強制する部分と前借金に関する部分に分け、芸娼妓稼働契約は人身の自由を拘束するものであり、民法九〇条（公序良俗）により無効

である。前借金については「純然タル消費貸借」である場合は、稼業契約の効力とは無関係に有効だと言っている。しかし前借金の授受が「名義ハ貸借契約ナレドモ、其真意ハ芸妓稼業ノ実質ヲ構成シ」「芸妓稼業ヲ為サシムル対価」であれば無効である、とも言っている。この判決は大審院の伝統的見解に従って二元論的構成を採り、前借金を有効にすることができると判示しており、リーディング・ケースと理解されている判例である。また最高裁の判決に挙げられているもう一の判例である大審院大正七年一〇月一二日判決「損害賠償請求ノ件」⁽³⁾は抱主が芸妓を誘拐した第三者に対して、債権侵害を理由として損害賠償を請求したケースである。ここでも親が娘を芸妓稼業させることを約し前借金を受け取った関係を、前借金の部分と稼業の部分に分離して判断する態度が示されている。

従来の大審院判例には若干の動揺・変更はあるが、その支配的見解は芸妓契約を消費貸借契約と稼業契約との二契約に分断し、前借金を消費貸借上の借金と見ており、ここでは前借部分と稼業部分とは別個・可分という二元論的構成を採っていると言える。これに対して、この最高裁（昭和三〇年一〇月七日）判決では、前借部分と稼業部分を一体・不可分のものと捉えており、従来判例論と訣別して、一元論的構成を採っているのである。すなわち稼業契約と消費貸借契約は「密接に関連して互いに不可分の関係にある」、だから全部が無効となる、とするのである。

明治初期の重要な法令に、マリア・ルス号事件に触発されて立法された明治五年一〇月二日太政官第二九五号布告⁽⁴⁾がある。この布告は人身の売買禁止を確認し、年期奉公に名を借りる売買同様の所業を禁止する。また娼妓・芸妓等の年期奉公人は一切解放し、これら奉公人と抱主との間の貸借事件は裁判所で取り上げないというものである。一週間後の同月九日にはいわゆる「牛馬きりほどき」と称された司法省第二二二号⁽⁵⁾によって、抱主と奉公人間の金銭貸借関係について、解放した芸妓に対する債権は無効であると指示される。さらに明治八年八月一四日に太政官は第一二八号布告⁽⁶⁾を以て、借金について人身を抵当とすることを厳禁する。

しかし他方で、政府としては人身売買を禁止し、芸妓を解放しても、売春を禁止、遊廓を廃止する意思は毛頭なかったものであり、従来のように遊女屋が遊女を抱えて営業するのではなく、貸座敷業者が自由意思による独立した娼妓に座敷を貸

すという形式に改め、解放令の直後には、各府県に「遊女営業規則」・「娼妓芸妓席貸規則」・「貸座敷渡世規則」・「娼妓規則」・「芸妓規則」等を定め、芸妓渡世については、地方官が管理するところとなった。これは芸妓の公認でもあったから、先の芸妓解放令と矛盾するものでもあり、このような矛盾の中で、多くの芸妓関係の訴訟が発生したことが当時の判決原本から窺えるのである。

明治三十三年一月二日「娼妓取締規則」(内務省令第四四号)⁽⁷⁾は、第四条と第六条で、娼妓名簿削除申請は娼妓本人が単独ででき、また何人も妨害できないとして、娼妓の自由廃業権を法定したが、それ以前においては、(貸座敷娼妓取締規則)により、娼妓が廃業するには、貸座敷主(遊廓の楼主)・取締が廃業届へ連署・調印する必要があった。楼主側が調印を拒否して、裁判になることも稀ではなかった。大審院の明治二十九年三月一日判決「娼妓廃業届調印請求ノ件」⁽⁸⁾と明治三十三年二月二三日判決「娼妓廃業届ニ調印請求ノ件」⁽⁹⁾は娼妓が廃業届に楼主の調印を請求した事件であるが、芸妓の自由廃業を認めた判決として有名なものである。殊に明治二十九年判決は大審院が芸妓の自由廃業を認めた最初の輝かしい判決であると評価されており、芸妓契約は人身の自由を極度に制限するものであり全部無効である、とする。ところが明治三十三年判決になると、貸座敷営業者と娼妓との間に於ける「金銭貸借上ノ契約」と「身体ヲ拘束スルヲ目的トスル契約」とは各々「独立スル契約」であり、「身体ヲ拘束スル契約」については無効であり、「明治五年第二二百九十五号布告ノ精神」に依るも許されないものである、とする。しかしこの判決は芸妓稼業契約を稼業契約と前借金契約に分離し、稼業契約は無効であるとし、前借金契約については有効を暗示しており、二元論を採るその後の大審院判決の先驅をなすものであったのである。

従来「芸妓契約の法的効力」についての研究は、最高裁の昭和三十一年一月七日の前借金無効判決を中心に、我妻栄・末弘敏太郎・川島武宜・中川善之助・西村信雄・田村五郎など多数の研究者により、夥しい業績⁽¹⁰⁾があるが、いずれも民法施行以後の大審院判決を主な素材とした研究である。本稿では、未公刊のためか、従来ほとんど知られていない東京地裁・東京高裁の判決原本を素材として、しかもこれまで全く研究がなされていない明治民法施行以前の、いわゆる明治前期における「芸妓契約の法的効力」について、次のような視座から分析してみたいと考える。

第一に芸娼妓廃業願書調印請求訴訟を紹介し、芸娼妓の廃業の自由について考え、さらにそこにおける判例理論について大審院の支配的見解の系譜を辿る。第二に樓主からの芸娼妓営業の強制や樓主からの実家などに立ち戻っている芸娼妓の取戻請求について考える。第三に前借金契約の法律的性格に関する判例の見解を紹介する。第四に芸娼妓とするための養女契約、いわゆる「一生不通養子」契約の効力について考える。

一 芸娼妓廃業願書調印請求訴訟と芸娼妓の廃業の自由

私が蒐集した判決の中で、娼妓廃業を請求する訴訟の最初のものは、東京上等裁判所明治一一年九月一二日判決「娼妓廃業故障一件」⁽¹¹⁾である。原告（『貸座敷業』）は廃業願書に調印を拒んでいるのであるが、判決には次のようにある。「甲第二号証ニ、返却ノ儀ハ本年十二月廿五日限右稼高ヲ以返済可致約定相違無御座候、然ル上ハ廃業等致候節ハ精算相立、不足金有之候ハ、聊無相違一時皆済可仕云々」とあるが、この趣旨は被告（『娼妓』）に於いて廃業をなす場合は一時に借入金を償却すべしというものであり、全て借入金を償却した後にあらざれば廃業をなすことができないという趣旨ではない。被告は病気に罹り廃業せざるを得ないのであるが、「原告ニ於テ、被告ニ対スル借入金ノ償却ニ至ラサルヲ以テ故障ノ原因ト為シ、廃業願ノ調印ヲ拒ムヲ得サルモノナリトス」。「因テ原告ノ申分不相互、到底初審ノ裁判所裁判ノ通可相心事」とある。この判決によると、第一審は横浜裁判所であり、娼妓廃業の自由を認めた判決を下しているのであり、おそらくは明治一一年の判決と考えられるが、現在のところ知ることができない。その後の東京高裁においても、明治一三年六月三〇日判決「娼妓廃業拒除一件」⁽¹²⁾、明治一五年一〇月三〇日判決「娼妓廃業願書ニ調印差拒ノ詞訟」⁽¹³⁾など娼妓の自由廃業を認めている。

東京地裁においては娼妓廃業請求の最初の判決は明治一二年二月一七日の娼妓の母からの「娼妓廃業取戻ノ訴訟」⁽¹⁴⁾である。被告は残金皆済の後でないと廃業はさせられないと抗弁する。裁判所は次のように判決している。「被告ニ於テ第一号ノ契約ニヨリ差引残高皆済ノ上ナラテハ請求ニ応シ難キ旨申立ルト雖モ、第一号ノ契約ハ当時ノ借入金ヲ皆済スヘキノ約定ニシ

テ、将来かねト相對ノ貸金ニ關係シタルモノニ非ス、然レハ則かねへ貸金アルヲ以テ廢業ヲ拒ムノ理由ナキモノトス、因テ原告カ認メタル一三四号ノ貸金ヲ稼高ノ内ヨリ差引、殘金ハ原告ヨリ被告へ償却シ、本人かねハ原告へ引渡スヘシ」。ここでは借金の償却義務はあるが、身分拘束はできないと判示している。

東京裁判治一四年一〇月二十九日判決「娼妓廢業連署差拒ノ訴訟」⁽¹⁵⁾では「抑モ原告等（娼妓二名など）カ正業ニ就カントスルニ其ノ之ヲ為ス自己ノ権内ニシテ制止スヘカラサルモノトス、然シテ乙第一号乃至四号証ニ因リテ貸金皆済ナラサレハ娼妓稼業ヲ強テ為サシメントスルハ、人ノ身体自由ヲ抑制スルモノナルヲ以テ、無効ノ契約ナリトス」とあり、娼妓稼業契約は人身を拘束するものであるとして無効であると断言している。

東京始審裁判治一五年一二月二八日判決「芸妓廢業妨害ノ訴訟」⁽¹⁶⁾では「伎芸ノ事業ヲ以テ強テ人身ヲ束縛スルノ契約ハ法理上固ヨリ成立タサルノミナラズ」と明言したのち、たとえ被告は他に金円取引のことがあるとも、このことにより芸妓廢業を拒むことはできないのであり、さてまた被告が従來の稼高を棄損せしめ将来得ることができるとも、このことにより芸妓廢業は更に不当なことである。以上の理由により「被告ハ原告（娼妓の母）ノ請求ニ応シテ、りよガ芸妓ヲ廢業スルニ任セ、其營業鑑札ヲ引渡ス可ク、又原告ハ被告ニ金百円ヲ償却ス可シ」とある。ここでは裁判所は稼業契約と前借金契約を区分する二分法を採り、稼業契約は人身を束縛するものであるから無効とし、前借金契約は有効とする論理構成を採っているのである。同様に同裁の明治一七年三月二六日判決「芸妓稼業及稼高計算ノ詞訟」⁽¹⁷⁾も翌日の二七日判決「娼妓廢業故障解除ノ詞訟」⁽¹⁸⁾も、前借金返弁の後でなければ廢業願書に調印しないとの抗弁に対して、娼妓廢業の要求を拒否することは不当であると判決している。

二 人身の抵当

以上は芸妓契約について二元論的構成を採り、稼業契約を無効とするのに人身の拘束があるとして明治五年第二九五号

布告と司法省第二二号を根拠としていられる判例であるが、他に稼業契約の無効を判断するのに明治八年第一二八号布告に準拠している判決がある。

東京始審裁判治一五年六月二九日判決「娼妓廃業願書へ調印差拒ミノ訴訟」⁽¹⁹⁾は娼妓自身からの貸座敷渡世に対する廃業願書の調印請求である。この事件について、原告が借入金を完済しておらず、またたとえ病症が娼妓稼ぎができない程のものでないにしても、すでに原告が正業に就き今後娼妓営業をしないことを決心した上は、乙第壹号証の貸金は原告の資産を以て返済を受くるに止まるものとする。被告自身が自陳するように、本訴貸金は娼妓稼高を引当（＝抵当）としており、その貸金皆済に致らない内は、本人の承諾がなくても強いてその稼ぎを以て弁償を要するものである。若し「人ノ身体自由ヲ抑制スル」ものであり、明治八年第一二八号布告の精神に背戻するものであり、被告は調印を拒む権利はない、とある。

次に東京始審裁判治一六年一月一〇日判決は娼妓自身からの「娼妓廃業調印請求ノ詞訟」⁽²⁰⁾であり、「乙第一二号証契約ノ如ク借入金皆済ノ上ニアラサレハ、原告カ娼妓廃業ヲナシ正業ニ就ク能ハサルトスルキハ、乙第一二号証ハ即チ金銭ノ為メ人ノ身体ヲ抵当ニシタル不法ノ契約ナレハ、法律上其効力ヲ有セサルニ因リ、被告ハ貸金返済セサル逆、原告カ娼妓廃業届書ニ連署調印ヲ拒ムノ権利ナキモノトス」とある。この判決でも、稼業契約は人の身体を抵当にしたもので、不法な契約であるから、無効であるとしている。先に触れたように、明治八年第一二八号布告は人身を抵当とすることを禁止しているのであるが、この判決でもこの布告に準拠して娼妓稼業契約を無効としているのである。

芸娼妓契約の効力について裁判所の見解を展開している次の判決は重要である。東京始審裁判治一九年四月三〇日判決「娼妓廃業調印差拒ノ訴訟」⁽²¹⁾である。この事件は娼妓自身からの娼妓廃業請求である。被告と原告の間には、被告は原告に三三二円五〇銭を貸与し、原告は娼妓となりその稼高をもって返償に充て、元利皆済するまでは精実に相稼ぎ、もし中途で廃業・転業等をなすときは必ずその借金を完償すべしとする契約がある。裁判所は「此契約ハ一箇ノ契約ニアラズシテ主従二箇ノ契約ヨリ成立スルモノトス、金銭貸借ノ主契約ト稼高ヲ以テ返弁スヘキ担保ノ従契約ナリ」とし、今原告は主契約の義務を尽くさずして、従契約に違背して娼妓を廃業せんと訟求するものであり、本訴においてはその従契約の効力如何を審

定することが必要である。なぜならば娼妓の稼高を以て負債を弁償すべき担保の契約は、その名は稼高を抵当になすの契約であるといえども、その稼高は実に娼妓の所業により生ずるものであれば、その実娼妓の所業を以て抵当になしたるものと謂わざるを得ない。判決には「娼妓ノ所業ノ如キハ法理上決シテ売買若ハ抵当ノ目的ト為シ、裁判所ノ公力ヲ貸シ飽マテ之ヲ執行セシムヘキモノニアラズトス、然ルニ本訴従契約ハ実ニ娼妓ノ所業ヲ抵当ト為シタルモノナレハ、則法理上抵当ノ目的ト為ス可ラサルモノヲ以テ抵当ト為シタルモノナレハ、当初ヨリ全ク無効ノモノナリトス、且娼妓ノ所業ハ……其性質トシテ學術技術役等ヲ要スルモノニアラサレハ、其抵当ノ実ヲ拳ケントスルニハ、必ス娼妓其人ノ身体ヲ抵当ニ為サ、ル可ラス……而シテ人身ノ抵当ハ明治八年第二(一の誤)百一拾八号ヲ以テ布告ニナリタル法律ノ嚴禁スル所ナリトス、故ニ本訴従契約ハ不法ノモノナレハ、原告ニ於テハ之ニ関セス自由ニ娼妓ヲ廃業スルノ權利ヲ有シ、被告ハ強テ之ヲ拒絶スルヲ得サルモノトス」とある。稼業契約は娼妓の身体を担保とするものであり明治八年第一二八号布告により無効のものである。したがって原告は自由に娼妓を廃業する権利を持っている、と述べている。ところが金銭貸借契約については、原告はその負債を完償する義務があるとして、次のように述べている。「本訴従契約ハ消滅スト雖、其主契約ハ依然トシテ存立スルモノナリ、故ニ原告ニ於テハ勿論被告ニ対シ其負債ヲ完償スルノ義務を負フモノトス」。ここでも前借金契約と稼業契約との二元論的構成を採る裁判所の従来の判例理論が展開されているのである。

三 芸娼妓営業の強制

芸娼妓業者から芸娼妓に対する芸娼妓営業の強制は裁判所によって否定されている。

東京始審裁判明治二二年五月二九日判決「契約履行ノ訴訟」⁽²²⁾では、原告(「芸妓屋営業」)が主として請求する要点は、甲第二号証第四条の約定に基づき、被告(「芸妓」)を原告方に呼び寄せ強いて芸妓業を営ませて、甲第壹号証に対する貸金の返済を受けたいと言うにあるのだが、裁判所は若し被告に於いて病氣と称して原告の請求に応じない時は、「其裁判執行タル、

結局被告ノ身体ニ対シカヲ用ヒテ強制セサルニ至ラシ、斯ノ如キハ民事裁判ノ執行上之ヲ許ス所ニアラサルナリ」と述べている。芸妓営業を強制することは民事裁判の許すところではないとして、原告の請求を斥けているのである。しかし、同時に、被告に於いて甲第二号証に違背して芸妓業を営まないののであれば、甲第壹号証に対する金額は一時に返弁すべき義務があるとの判断も下しており、同年九月二十四日には身代限（＝破産）の命令を下しているのである。

この貸座敷渡世からの芸妓営業強制については、この判決より約二〇年前に東京裁に判決がある。明治一二年五月一七日判決「芸妓出稼約定履行ノ訴訟⁽²³⁾」である。原告は被告兩人の依頼に任せ、第壹号証書を以て、サダが芸妓出稼のため金円を貸与し、寓居いたさせ置きたるに、サダは恣に帰宅し、該契約に違背したので、速やかに原告方に立ち戻り芸妓営業致すように裁判を請うとある。これに対して、裁判所は「被告カ芸妓営業ヲ為スト為サ、ルトハ一己ノ自由ニ任スヘキモノナルニ抛リ、設ヒ幾計ノ負債又ハ何等ノ契約アレトモ、彼ヲシテ該営業ヲ強ル能ハサルモノトス」と述べ、明確に貸座敷営業者による芸妓営業の強制を否定しているのである。

四 楼主からの芸妓の取戻請求

娼妓からの廃業調印請求とは表裏の關係にある訴訟として貸座敷営業者からの実家などに帰っている娼妓取戻請求がある。東京地裁は全て楼主による娼妓の取戻請求を否定している。

東京裁判治一四年三月一八日判決「芸妓立戻ノ詞訟⁽²⁴⁾」では、芸妓と共同被告である芸妓の母は、娘は甲号証の約定にて四年間原告方に於いて芸妓出稼させざる筈であるから、娘が原告方へ立ち戻ることについては異存がないと申し立てるのであるが、芸妓本人は原告の妻と心行合わないだけでなく、芸妓を廃業したいから原告方へ立ち戻ることとはできないと申し立てている。裁判所は次のように判決している。甲号証に「我等ヨリ違約致シ廃業又ハ他へ住替ノ節ハ、別紙借用金ハ不残即時ニ返済可仕云々」とある上は、原告に於いて「貸金ヲ求ムルノ訴權」はあるが、「芸妓廃業ヲ拒ムノ權」はないのであり、原

告は芸妓の取戻を要請することはできないとある。

東京始審裁判明治二三年三月三十一日判決「芸妓弟子契約履行之訴訟」⁽²⁵⁾では、年期途中で実家へ帰り、さらに他所で芸妓営業をしている芸妓の父に対して、甲第号証の契約に基づき、娘に七年間芸妓弟子を勤めるように裁判を仰ぐとあるのだが、裁判所は、芸妓である被告の娘は原告の取扱が苛酷であるのに苦しみ止むを得ず原告方を立ち去ったのであるから、到底該契約は履行することができないとして、楼主からの芸妓取戻の請求を不当であるとしている。

これらの判決の他にも東京地裁の明治一〇年一月二二日判決「芸妓預入取戻ノ訴訟」⁽²⁶⁾・一三年一〇月三〇日「抱芸妓取戻ノ訴訟」⁽²⁷⁾・一四年五月三〇日「契約履行ノ訴訟」⁽²⁸⁾においても、いずれも貸座敷業者から実家などに立ち戻っている娼妓の取戻請求は否定されているのである。

以上に掲げた判決以外に、東京地裁には前借金の弁済ができなければ廃業できないとする判決も明治一三年に二件だけ(明治一三年一月三十一日判決「娼妓廃業調印請求ノ訴訟」⁽²⁹⁾と同年二月一八日判決「娼妓廃業鑑札取戻之訴訟」⁽³⁰⁾)あるが、これは極めて例外的な判決であり、これまで考察してきたように、芸妓の自由廃業を認める判決が全くの支配的判例であったのであり、さらに芸妓営業の強制も明確に否定されているのである。裁判所は、娼妓契約の効力について、稼業契約と金銭貸借契約とに分断し、稼業契約は人身を拘束するもの、人身を抵当とするものとして無効であるが、前借金契約は有効であり、廃業の後でも身代限をしてでも償却すべきものであると判示しているのである。既に述べた明治後期以降の大審院の支配的見解である娼妓契約の二元論的構成は、このように東京地裁や東京高裁の判決には夙に明治一一年・一二年以降みられる確固たる支配的判例理論であったのである。

五 前借金契約の法律的性格

前借金契約の法律的性格に関する判例の見解を概観すれば、稼高は全て抱主のものであり、娼妓による稼高から借金を差

し引いた残金の取戻請求も認められていない（東京高裁判治三〇年四月一三日判決「約定金請求事件」⁽³¹⁾・東京始審裁判治一六年一月判決「預金請求ノ訴訟」⁽³²⁾など）。もし約定年限の中途において廃業・休業その他の違約事由が発生したときは稼高は違約より生ずる損害金額とされ、さらに衣料・賄料等諸入費を損害補償として請求される場合もあった（東京始審裁判治二三年五月二日判決「約定金請求ノ訴訟」⁽³³⁾・東京地裁判治二四年四月二三日判決「損害要償事件」⁽³⁴⁾）。すでに述べたように、裁判所によって廃業の自由が認められていたのであるが、前借金は身代限によってでも皆済しなければならなかったのである（東京始審裁判治一五年二月二日判決「芸妓契約履行ノ訴訟」⁽³⁵⁾）。芸妓等を稼業に従事させることは前借金を返済させるための手段ではなく、抱主にとってはむしろ芸妓をして一定の年限の間、稼業に従事させ、それより生ずる利益金を取得することが主要な目的となつていとも言えるのである。

しかし他方では、東京地裁や東京高裁の初期の判決には、娼妓を抵当にしたところの金銭の貸借契約そのものを、明治五年第二九五号布告や同年の司法省第二二号により、無効としている興味深い判例も見出すことができる。

東京上等裁判治九年一〇月判決「貸金催促ノ件」⁽³⁶⁾は、「抑人身売買ハ古来国家ノ制禁ナルニ、人身ヲ抵当トシ金円ノ貸借ヲ約シ身代金ヲ以テ弁償ヲ受ル如キハ、則制禁ニ相触レ、不可得為契約ヲ為シタルモノニ付、裁判上採用不相成候事」とある。第一審は東京裁なのであるが地裁原本には見出せなかつた。

東京裁判治一〇年二月二一日判決「貸金催促ノ訴」⁽³⁷⁾には、当該金円は娼妓を質入れとして貸し渡した金円であるから、「即チ娼妓年季奉公ニ付テノ貸借ナルヲ以テ、明治五年壬申六月太政官第貳百九拾五号布告ニ因リ、不及裁判事」とある。次の判決も第一審は東京裁であり、地裁原本からは見出せなかつたのであるが、東京上等裁判治一〇年五月二九日判決「貸金催促ノ一件」⁽³⁸⁾は、借用証文に抱飯売女二名を引当（＝抵当）として渡し置いたと記載がある。これについて「是人身ヲ抵当トシテ金員貸借ノ契約ヲ為シタルモノナリ、抑人身売買ハ従前国家ノ制禁ナレハ、人身ヲ抵当トシテ金員貸借ノ契約ヲナスモ亦以テ其制禁ニ触ル、モノトス、故ニ該契約ハ為スヲ得ヘカラサルモノニ付、契約ノ効ナキモノト相心得候事」と判示している。

しかしこの明治九年・一〇年の判決以降、貸金契約それ自体を無効とする判決はみられなくなるのである。それにかわつて明治一年以降になると前借金契約を有効とする判決が現れ、その後において支配的見解として確立していくのである。

六 芸娼妓とするための養女契約の効力

いわゆる「一生不通養子」契約の効力について、裁判所は養女約定書の記載や養女本人の承諾があることを理由に、楼主からの実家に立ち戻っている養女取戻を認めたり、養女の実家からの取戻を認めなかったり、また養女自身からの養父に対する離縁請求を否定する、いわば養女に不利な判決がみられる。

例えば、東京裁判治一二年一月一〇日判決「養女取戻ノ訴訟」⁽³⁹⁾は、貸座敷業者からの実家に立ち戻っている養女の取戻請求であるが、甲号証中に「娘身分ニ付外人ヨリ故障筋申入ル、者ナシ云々」と記載があるので、良しや原告が養女を芸娼妓又は他人の妻妾たらしむるも、養女の実父に於いて異議を申し立てる理由はない、としているのである。東京裁判治一三年六月二四日判決「養女取戻之詞訟」⁽⁴⁰⁾では、養女の実家の叔母からの養女取戻請求であるが、原告は「遊女売女等見苦敷奉公ハ決テ為致間敷」という約定に違反していると述べる。だが養女本人が「原被両家ヨリ差止タレトモ自カラ望ミテ芸娼トナリタル旨申立」、原告と被告双方の口供（『供述』）もまた符合するので、養女が芸娼妓となつたのは被告の所為によるのではないとして、養女の叔母からの取戻請求を認めていないのである。

さらに東京地裁判治二七年一月二四日判決「養親子離縁請求事件」⁽⁴¹⁾は養父の強制によって妓楼などの雇人や娼妓にさせられたとして、養女自身から養父に対して離縁を請求しているのである。裁判所は、原告は青楼・酒樓の雇人あるいは娼妓になつたのは被告の強制によるものと言うのであるが、強制したという確証が一もないからには、原被両造の承諾によるものと推定せざるを得ない。「而シテ青楼酒樓ニ雇入タル何ノ不可ナル所アラン、又娼妓営業ノ如キハ醜業タルニハ相違ナキモ、已ニ当人ノ認諾上之ニ従事スル上ハ、一種ノ営業トシテ許容スル所ノモノナレハ、仮令以上ノ事実アレハトテ此ヲ以テ

離縁ノ理由トハ為ラサルモノトス」。すなわち娼妓営業は醜業ではあるが、一種の職業として公認されているのであり、本人の承諾もあり従事しているから、離縁の理由には該らないと述べている。

ところが他方では、本人の承諾もなく、また本人稼業の契約もないとして、あるいは養女となる際の約定に「不宜奉公等為致間敷候」とある契約に違反しているとして、養家からの養女取戻を否定する判例が多数ある（東京裁判明治二年一〇月一八日判決「養女取戻ノ詞訟」・同明治一三年三月七日判決「養女取戻ノ訴訟」⁽⁴³⁾など）。また同様に実父からの養女取戻を認められた判決もある（東京始審裁判明治二年一月二五日判決「養女取戻シノ訴訟」⁽⁴⁴⁾）。

この中で最も注目すべき判決として、東京裁判明治一三年一〇月二〇日判決「養女取戻之訴訟」⁽⁴⁵⁾が、挙げられる。この判決によると、被告が養女を貰い受けた際の契約書と唱える乙第壹号証には、今般八才になる娘を貴殿方へ養女に差し遣わす処は実正である。生涯手当金として二〇兩渡し下され有り難く受け取ったこと、然る上は将来どのように難渋しても娘を決して取り戻さないことなどが記載されている。また乙第三号証には、養女に差し遣わした娘を新吉原町へ年季奉公に差し出すことについて承知すること、このことについて五兩を恵与され有り難く受け取ったことが記載されている。これらの契約証書により、裁判所は次のように判示している。「〔乙第壹号証と乙第三号証の内容〕ヲ視レハ、縦令養女ノ名義アルモ實際売買同様ノ所業ナレハ、明治五壬申年第貳百九十五号公布及ヒ司法省第貳貳号布達ニ背戻スルヲ以テ、該証ハ契約ノ効驗ヲ有セサルニ付、被告トふさハ養父子ノ關係ナキモノト断定ス」。ここではいわゆる「一生不通養子」契約を明治五年第二九五号布告と司法省第二二号に違背し無効であると明言しているのである。

もう一つ興味深い判決を挙げることにする。東京始審裁判明治一七年二月二七日判決「養女引戻ノ詞訟」⁽⁴⁶⁾であるが、これは養父からの養女引戻請求である。芸妓営業者である原告は被告ミヨを明治一三年三月に養女となし、同年一二月に四五円を被告鉄五郎に交付し、直ちに芸妓となしたことを視れば、「表面上養女ニシテ其实芸妓出稼ノ為メ雇入レタルモノニシテ、是レ表面仮粧ノ契約ナレハ、到底法律上履行ヲ強請シ得サルモノトス」とある。表面は養女契約であるが、その実体は芸妓娼妓契約なのであり、これは「表面仮粧ノ契約」として無効であるとしているのである。芸妓とするための養子縁組は芸妓娼妓

契約と同列に置いて無効と判示しているのである。

むすびにかえて

以上、考察した内容を小括すれば、第一に、芸娼妓契約についての大審院の支配的見解は、この契約は稼業契約と前借金契約とのそれぞれ別個・独立の二箇の契約から成るとし、稼業部分は無効であるが前借金部分は有効とする二元論的構成を採っていたのである。このような論理構成は最高裁昭和三〇年一〇月七日のいわゆる前借金無効判決で、稼業契約と消費貸借契約は密接に関連して互いに不可分の関係にあることを認定し、したがって契約の一部たる稼業契約の無効はひいて契約全体の無効をもたらすとして、従来の判例理論を捨て、一体不可分一元論が採用されるまで維持されていたのである。本稿では、大審院の支配的見解であったこの二元論の系譜を東京地裁・東京高裁の判例に辿り、東京高裁の明治一一年九月二日判決、東京地裁の明治一二年二月一七日判決以来、判例理論として二元論が採用されており、その後においても、明治前期の下級審の支配的見解として確立していたことを明らかにした。主として明治民法以後の大審院における支配的な判例理論が、夙に東京地裁・東京高裁では明治の初期から辿れるのである。第二に、大審院の明治二九年三月一日判決は芸娼妓の自由廃業を認めた最初の輝かしい判決であると評価されているが、東京裁では明治の初期の裁判所が設置されて間もない頃から芸娼妓の自由廃業が認められていたのであり、さらに楼主からの芸妓営業の強制が否定され、彼らによる実家などに立ち戻っている娼妓の取戻請求も否定されていたとする興味深い判例も見出すことができた。第三に、東京裁においても、前借金契約については有効とする判例が支配的なのであるが、明治一〇年には明治五年第二九五号布告により無効とした進歩的な判例も存在していたことを知ることができた。第四に、芸妓とするための養子縁組について、裁判所は、その実体は芸娼妓契約であり、表面仮装の契約であるとして、明治五年第二九五号布告等により無効であると明言している。ここでは芸妓とするための養子縁組を芸娼妓契約と同列に置いて無効とする、すなわち反公序良俗性の問題として考察するという進

歩的な判例理論が窺えるのである。

このように本稿では従来知られていなかった東京地裁・東京高裁の判決により「芸娼妓契約の法的効力」の一端を考察したのであるが、次のような多くの問題が未解明のまま残されている。第一に、明治前期の大審院判決の発掘とそこにおける判例理論の分析であり、この研究も従来なされていぬ領域である。第二に、娘を和売した者の刑事罰など刑法の側面からのアプローチ、第三に、貸座敷と娼妓渡世は地方官の管理するところであったのであるから、両者の紛争についての行政庁による処分の実態について、第四に、明治初期の判決と司法省などの指令との関連性について、第五に、下級審判決において前借金契約を有効とする判例理論の系譜を辿る研究などいづれも重要な諸問題であるが、今後の課題としたい。

注

- (1) 『最高裁判所民事判決集九卷』一六一六頁以下。
- (2) 『大審院民事判決録二七輯』一七七四頁以下。
- (3) 『大審院民事判決録二四輯』一九五四頁以下。
- (4) 『明治五年法令全書』二〇〇頁以下。
- (5) 『明治五年法令全書』一三三七頁以下。
- (6) 『明治八年法令全書』一五九頁以下。
- (7) 『明治三三年法令全書乙』七四七頁以下。
- (8) 『大審院民事判決録二輯三卷』五〇頁以下。
- (9) 『大審院民事判決録六輯二卷』八一頁以下。
- (10) 我妻栄「判例より見たる『公の秩序善良の風俗』」(法学協会雑誌四一卷五号、一九二三年)一〇八頁以下、同「前借金無効の判決」(ジュリスト九三号、一九五五年)二三頁以下。末弘殿太郎「判例を通して見た人身売買」(法律時報三卷九号、一九三二年)三頁以下。西村信雄「前借金契約について」(一)(二・完)(民商法雑誌七卷三六〇頁以下、同卷六号一二頁以下、一九三八年)、同「前借金無効の判決について」(法律時報二八卷一号、一九五六年)九一頁以下。川島武宜「人身売買の法律関係―芸娼妓丸抱契約

の効力について—(一)』(法学協会雑誌六八巻七号、一九五〇年)六九九頁以下、同「前借金無効の判決について」(判例時報六三
号、一九五五年)二頁以下、同「人身売買契約の法的効力」(法律時報二七巻九号、一九五五年)七二頁以下、同『民法総則(法律学
全集17)』(有斐閣、一九六五年)二二六頁以下。中川善之助「前借—最高裁の新判例—」(法律時報二七巻一二号、一九五五年)五
一頁以下。三淵乾太郎「前借金は返還するを要しない—最高裁の最近の判決について—」(判例タイムス五二号、一九五五年)一
頁以下。田村五郎「前借金無効の判決について」(法学新報六三巻五号、一九五六年)一二頁以下。谷口知平「酌婦としての稼業
契約に伴い消費貸借名義で交付された金員の返還請求の許否」(民商法雑誌三四巻三号、一九五七年)八五頁以下。田中実「前借無
効と公序良俗」(『増補版』判例演習、民法総則)、有斐閣、一九七三年)七八頁以下。幾代通「前借金無効」(『民法判例百選I』、
有斐閣、一九七四年)三八頁以下。東京大学判例研究会「最高裁判所民事判例研究127・酌婦としての稼働契約が公序良俗に反し無
効である場合にはこれに伴い消費貸借名義で交付された金員の返還請求は許されない」(法学協会雑誌九七巻四号、一九八〇年)五
七七頁以下。牧英正『近世日本の人身売買の系譜』(創文社、一九七〇年)。矢野達雄「史料としての裁判所文書—松山地方裁判所
所蔵資料を例として—」(愛媛大学「社会科学」学研究一七号、一九八九年)三四頁以下など。

- (11) 東京高裁『明治一一年度民事判決原本一一一六』。
- (12) 東京高裁『明治一二年度民事判決原本二二—一四』。
- (13) 東京高裁『明治一五年度民事判決原本一五一—一三』。
- (14) 東京地裁『明治一二年民事裁判言渡書編冊六一』。
- (15) 東京地裁『明治一四年民事裁判言渡書編冊五—四』。
- (16) 東京地裁『明治一五年裁判言渡書四—四』。
- (17) 東京地裁『明治一七年民事裁判言渡書編冊二—一』。
- (18) 東京地裁『明治一七年民事裁判言渡書編冊二—一』。
- (19) 東京地裁『明治一五年裁判言渡書四—二』。
- (20) 東京地裁『明治一六年民事裁判言渡書編冊四—三』。
- (21) 東京地裁『明治一九年民事裁判言渡書編冊三—上』。
- (22) 東京地裁『明治二二年民事裁判言渡書編冊八—三』。

- (23) 東京地裁『明治一二年民事裁判言渡書編冊六一二』。
- (24) 東京地裁『明治一四年民事裁判言渡書編冊五一』。
- (25) 東京地裁『明治一三年民事裁判言渡書(仮編冊綴)一一一』。
- (26) 東京地裁『明治一〇年民事裁判言渡書編冊三一三』。
- (27) 東京地裁『明治一三年民事裁判言渡書編冊六一五』。
- (28) 東京地裁『明治一四年民事裁判言渡書編冊五一二』。
- (29) 東京地裁『明治一二年民事裁判言渡書編冊六一六』。
- (30) 東京地裁『明治一二年民事裁判言渡書編冊六一六』。
- (31) 東京高裁『明治三〇年度民事控訴事件判決原本三〇—四』。
- (32) 東京地裁『明治一五年裁判言渡書四—四』。
- (33) 東京地裁『明治一三年民事裁判言渡書(仮編冊綴)一一—四』。
- (34) 東京地裁『明治一三年民事裁判言渡書編冊一一—二』。
- (35) 東京地裁『明治一五年裁判言渡書四—四』。
- (36) 東京高裁『明治九年度民事判決原本九—三』。
- (37) 東京地裁『明治九年民事裁判言渡書編冊上』。
- (38) 東京地裁『明治九年民事裁判言渡書編冊下』。
- (39) 東京地裁『明治一一年民事裁判言渡書編冊五一五』。
- (40) 東京地裁『明治一三年民事裁判言渡書編冊六一三』。
- (41) 東京地裁『自明治二四年至二八年民事(夕)判決原本全』。
- (42) 東京地裁『明治一二年民事裁判言渡書編冊六一四』。
- (43) 東京地裁『明治一三年民事裁判言渡書編冊六一三』。
- (44) 東京地裁『明治一二年民事裁判言渡書編冊五一三』。
- (45) 東京地裁『明治一三年民事裁判言渡書編冊六一四』。

(46) 東京地裁『明治一六年民事裁判言渡書編冊四―四』。

(一九九一年八月一四日脱稿)
(熊本大学法学部・日本法制史)