

精神病離婚と裁判

The Divorce due to Psychosis and the Lawsuits

東アジア法研究所

招聘研究員 山中 至

要 旨

第一に、精神病に関する離婚判決である(1)明治23年福岡地裁判決、(2)大正10年熊本地裁判決、(3)昭和8年大阪地裁判決について、各時期における「有責主義」と「破綻主義」が交錯する裁判離婚の潮流の中で考察し、その判決の有する意義を整理した。なお(1)と(2)は私が発掘した新資料、(3)は従来学界で広汎に知られている資料である。(1)は勸解不調による精神病の妻に対する離婚訴訟であり、実体として判決は妻の精神病を理由とする夫からの離婚請求を認容した裁判例と考えてよい。民法典のない時期、明治6年第162号布告「已ムヲ得サルノ事故」による裁判離婚は「破綻主義」の大きな傾向を有していた。(2)は精神病患者である夫(後見人)から別居中の妻に対する離婚請求であり、裁判所は813条6号悪意の遺棄を適用して離婚を認容する。「有責主義」を採る明治民法下では、妻は裁判による精神病離婚の請求は出来ない。そこで1年余り実家で妻別居中に双方親族と妻間の協議で離婚することがまとまり、精神病患者の夫(後見人)から離婚の訴えに及んだのであろう。(3)は813条5号前段「同居ニ堪ヘサル虐待」を適用して、妻から精神病の夫に対する離婚請求を正面から認容した画期的な判決である。裁判所は、当該条項は「有責主義」でなく「目的主義」(「破綻主義」)を採るものと理解することが妥当であると明言する。穂積重遠学説とともに当時の大審院をはじめ諸裁判所の「破綻主義」判決の影響が看取できる。

第二に、行政先例に窺える協議離婚の態様として、精神病の場合における親族協議による協議離婚(「行政離婚」)の制度が存在することを新たに言及した。第三に、裁判上の離婚原因の明治民法立法過程において、三人の起草委員の「破綻主義」に関する見解の相違について確認した。富井政章と梅謙次郎は「有責主義」に立脚しその例外として精神病離婚までを許容しているが、穂積陳重は婚姻の本質を愛情としその愛情が喪失した回復できない不和を最重要の離婚原因とする、「有責主義」を脱却した「破綻主義」の考えを有しており、両者間には修復できない懸隔があった。

キーワード

精神病離婚、有責主義と破綻主義(目的主義)、協議離婚と裁判離婚、明治23年福岡地裁判決、大正10年熊本地裁判決、昭和8年大阪地裁判決、穂積陳重、梅謙次郎、穂積重遠

英文要旨

1. The divorce decrees concerning psychosis of the Fukuoka District Court in 1890 (1), in 1921 (2) and the Osaka District Court in 1933 (3) are examined under the trends of the matrimonial offence theory (A) and the breakdown theory (B), and the significance of them are summarized. (1) and (2) are new and (3) is already known.

(1) The divorce action against a wife by a husband due to her psychosis was judged accordingly to his claim. Applying the Declaration of Dajokan No. 162 of 1873 signify a major tendency of (B).

(2) The action against a wife by psychosis husband was decreed positive applying Article 813, No. 6 of

the Meiji Civil Code. It was filed by the husband probably depending on kinship agreements, because the code adapting (A) didn't accept wives to claim divorce.

(3) The court's landmark decision of upholding wife's divorce claim from her psychosis husband applying the first sentence of Article 813, No. 5 of the Meiji Civil Code. This clause should be interpreted as adopting (B). The influence of Hozumi Shigeto theory and of courts' decision can be observed here.

2. The divorce by mutual consent through kinship agreements in cases of psychosis existed as a form in the administrative precedents.

3. The differences regarding (B) among drafting committee in the legislative process of the Meiji Civil Code is made clear. While Tomii and Ume stood on (A) and allowed divorce for psychosis as exception, Hozumi choose (B) which recognized loss of love as legal grounds of divorce.

1. はじめに

離婚法がどうしても「有責主義」から「破綻主義」へ移行しなければならない一つの契機となったのは精神病離婚である。1900年施行ドイツ民法は、夫婦一方の精神病が3年間継続して夫婦間の精神的共同関係を破壊し、回復の見込みがない場合は夫婦の他方は離婚の訴を請求できるとした(1569条)。スイス民法(1907年12月成立、1912年施行)も、配偶者の一方の精神病が婚姻共同生活の継続を不可能にし、3年継続後不治と鑑定された場合には相手方は何時でも離婚の訴を提起できるとする(141条)。その後、精神病離婚の立法化は欧米で拡大していった。⁽¹⁾

わが国では、現行民法(1947年親族法・相続法改正)に「配偶者が強度の精神病にかかり、回復の見込みがないとき」(770条1項4号)が規定されたが、戦前の旧法(以下、明治民法という。)813条(裁判上の離婚原因)は「有責主義」・制限列举主義を採り、精神病離婚の規定は有しなかった。

しかし、民法典がなかった明治前期においても、精神病離婚は存在したのである。また民法典はあったが精神病離婚の条項がなかった時代においても、精神病離婚は存在したのである。従来、精神病離婚に関する優れた研究は多数ある。⁽²⁾ 本稿では、私自身が発掘した二つの下級審判決を新たな素材として、精神病離婚と裁判を巡る諸問題を論じることとする。

2. 行政先例と協議離婚

明治民法施行以前において、精神病離婚に関して4件の行政先例が見出し得る。

《第1先例》

明治11年12月23日 内務省指令

明治11年12月4日 島根県伺

爰ニ夫妻アリ、其夫発狂人事ヲ弁セサル事数年、窮困日ニ迫リ到底一家維持難相成、不得止親族協議其妻ハ離婚実家ニ差帰シ、発狂人ハ親戚ヘ引取看護セントスルモノアリ、而妻夫ノ離婚承諾ヲ得ントスルモ固ヨリ人事ヲ弁セサル発狂者其手續ヲ為スヲ不得、右等ノ場合ニ於テハ双方親族連署出願、一家浮沈ニモ関スル情実無相違モノハ、夫ノ承諾ヲ要セス聴届可然哉、

指令

書面伺之通⁽³⁾

《第2先例》

明治25年3月12日 内務省回答

明治25年3月9日 埼玉県照会

一夫発狂後数年間治療ヲ加フルト雖トモ今以テ更ニ其効ナク、然ルニ家事ノ都合ニヨリ其妻ヨリ離婚生家ヘ復籍ノ義請求スルモノアリ、右離婚ノ義ハ行政庁ニ於テ可聞届限りニ無之其妻ヨリ離婚ノ訴ヲ為サシムル義ニ候哉〔第一項〕、

右事項ニ付貴官ノ御意見至急御回示相成候様致度此段及御照会候也、

内務省回答

発狂者ノ妻離婚継父ノ弟ト婚姻ノ件ニ付本月九日乙第

二四三号御照会ノ趣了承、右第一項ハ双方親族連署出願ノモノハ行政庁ニ於テ聞届不苦例ニ有之、第二項ハ血統ノ有無ヲ問ハス結婚相成ラサルモ、其事情不得止モノハ事実ヲ具シ経伺ノ上許否セラルヘキモノト思考致候、此段及回答候也、⁽⁴⁾

《第3先例》

明治26年3月18日 民刑局長回答

明治26年3月11日 青森県照会

妻妾（妾ハ刑法施行前入籍ノ者）ニシテ離婚ヲ請ハントスルモ夫癲狂病等ニ罹リ其意思ノ表明ヲ得ルコト能ハサルトキハ、双方ノ親族熟議ノ上町村長へ届出候ハ、其儘受理セシメ可然ヤ、

回答

御見解ノ通ニテ差支ナキ義ト思考ス、⁽⁵⁾

第1先例から第3先例まで、いずれも夫の発狂（癲狂）を理由とする妻からの離婚請求の事例であるが、明治26年3月の第3先例になると、行政手続きがそれ以前の双方親族連署出願（「聴届」、「聞届」）から双方親族熟議のうえ町村長へ「届出」に変更となっている。一家生計の維持や発狂者の看護状態がどの程度「聴届」（「聞届」）の要件とされたかは明確ではないが、明治26年3月先例になると、双方親族協議が整えば夫の承諾は不要とされ離婚届出は受理されたのである。行政先例では夫の発狂（癲狂）の場合とあるが、おそらくは妻が精神病の場合であっても、双方親族協議が整えば協議離婚が受理されたであろう。協議不調となれば、裁判離婚となった。

《第4先例》

明治30年3月13日 内務、司法両大臣指令

明治30年2月6日 香川県知事伺

爰ニ母妻并ニ長女実弟ヲ有スル発狂ノ戸主アリ、一家整理ノ目途難相立故ヲ以テ親族協議ノ上現戸主ヲ退隠セシメ一女子ヲ携帯其妻ヲ生家ヘ離婚復籍セシメ実弟ヲシテ該家ヲ相続セシムルコトヲ双方連署願出ルモノ有之、右ハ相続ノ変体ナルモ発狂ノ戸主ニアラスシテ身元貧困ノ為メ妻子ヲ離散シ一家保存ノ道ヲ立テント

スル如キ其情実無余儀モノニ在テハ一女子ト雖モ携帯帰籍不苦旨他府県伺ニ対シ往々御指令ノ趣旨有之候処、本件ハ相当ノ財産ヲ有スル者ニ付生計上ノ点ニ就テハ敢テ差支無之候得共、要スルニ長女ハ幼弱ニシテ家事整理上忽チ差支候ヨリ斯ク願出タルモノニシテ、実ニ事情不得止モノト認メ候間特別ヲ以テ情願ノ通聴届可然哉、

内務、司法両大臣指令

本年二月六日附発三第四七号伺一女子ヲ措キ実弟ヘ相続ノ儀伺ノ通、⁽⁶⁾

この第4先例であるが、戸主の精神病を理由とする離婚に関する先例と理解する見解⁽⁷⁾もあるが、第一義的には夫の発狂による妻離婚に関する先例ではないと考える。現戸主の発狂を理由とする廃戸主と実弟の「家」（戸主）相続、そのための妻離婚（夫家からの離籍・実家への復籍）と相続人である一女子の廃除について、双方親族連署願出の諾否に関する案件である。推定家督相続人である一女子（長女）は幼弱であり、戸主として家事整理（一家整理）の目途が立たないので、「相続ノ変体」として現戸主の実弟を戸主相続人とするを許可（聴届）するということのである。従来、貧困を理由に余儀なく妻子を帰籍のうえ戸主が一家保存を図ることを許可した指令は、他府県伺の中に往々見られたのであるが、この第4先例では、戸主の発狂の場合に、その幼女を廃除して戸主の実弟への相続を許可したのである。「家」存続にあたり、一家生計維持の要請が相続における筋目主義の原則を超克しているのである。

3. 精神病離婚と協議不成立

行政先例は、夫の発狂（癲狂）を理由とする妻からの離婚請求における行政手続きに関するもので、裁判離婚には言及していないが、精神病離婚で協議不成立の場合は裁判離婚になるとする見解がある。

高柳真三氏であるが、明治22年5月28日司法大

臣指令「親族協議ノ上ハ届出ニ止メ、出願セシムルニ及ハス、但シ如斯場合ニ於テ廢嫡ニ関スルモノハ、出願許可ヲ受ケシムヘキ義ト心得可シ」(同月22日静岡県書記官伺「県下富士郡吉永村比奈平民藁科伊勢松妻ヨウ病氣ノ故ヲ以テ断縁之義別紙之通願出候、右ハ親族協議之義ニ付願意聴許致シ不苦哉(別紙略)」)について、「この場合は病気をもって協議離婚の原因としているにとどまるが、裁判離婚の原因とすることももちろん差支えなかったであろう。」と解釈する。続いて精神病離婚に関して、明治26年3月18日民刑局長回答(明治26年3月11日青森県照会)(既出第3先例)について、「ここでも親族協議に任されているが、訴の原因となり得たことについては、前の場合と同様に考えてよいと思われる」、すなわち妻が疾病である場合と同様に、夫が精神病(「癲狂病」)で協議不成立の場合は裁判離婚となると解釈するのである。⁽⁸⁾ 民法典のない時期にも精神病を理由とする裁判離婚は存在するのである。

これに対して加藤美穂子氏は、「精神病を離婚事由とする先例は二例(山中註. 既出第1先例及び第3先例)みられ、いずれも夫の精神病によるものであるが、他の一例(山中註. 第3先例のこと)は届出で足るとしている。届出離婚で家女たる妻に関しては、悪疾が離婚事由として認められており、それに精神病が含まれていたか否かは定かではないが含まれるものと解してよいであろう。他女たる妻の精神病が問題とされていないのは、単なる『病氣』ですら、親族協議の上は届出で足りたことから推して、精神病であれば当然に届出離婚が認められたものと思われる。」という。加藤氏は、先例では夫の精神病を理由とする場合に、願出離婚・届出離婚が認められており、妻の精神病離婚については先例を欠いているのであるが、家女が悪疾である場合や他女が病氣である場合の届出離婚の先例から、妻が精神病である場合は当然に届出離婚が認められるのである。加藤氏は、離婚の態様を当事者の属性及び離婚原因の軽重と相関させて理解するのであり、精神病を原因とす

る裁判離婚はあり得ないのである。しかしながら当時の離婚裁判をみると離婚原因は多種多様であり、行方不明・処刑・放蕩だけを裁判上の離婚原因とする加藤氏の分類では到底整理できないのである。⁽⁹⁾

4. 明治23年福岡地裁判決

行政先例によると、精神病の場合に双方親族協議の協議離婚(「行政離婚」)が認められていたと考えられ、精神病離婚の事案は、病者の親族と配偶者との間で合意による協議離婚(「行政離婚」)が圧倒的多数であったと推測できるが、裁判離婚も見出すことが出来る。福岡地裁判明治23年1月13日「離婚復籍ノ訴訟」⁽¹⁰⁾であるが、夫は瘋癲病の妻について、次のように離婚復籍を請求している。被告(=妻)は懶惰で家事に勉めず、原告(=夫)やその父母への事えが従順でない。また原告が大患の際も実家から帰って来ようとしなかった。そこで明治20年9月に父母協議の上、離縁状を送り離別したが、同21年2月に仲介人があり再縁となった。ところが再縁当時妻は瘋癲病に罹っており、種々療養を加えたが効果がないので5月実家に送り返し、離縁を申し遣した。妻の兄(=被告)は治療平癒の上回答すると言うだけで、荏苒時間が経過し、屢々離婚を督促しても応じない。よって止むを得ず、明治22年7月6日勸解を願出不調の末本訴に及んだのである。夫婦の縁は一旦明治20年9月に断絶し同21年1月多田吉次の媒介を以て再縁したが、その当時ナミ(=妻)は瘋癲病に罹っており契約は成立していないのであるから、速やかにナミ(=妻)に対しては離縁をなし忠蔵(=妻の兄)には復籍を取り計らう様裁判を仰ぐ、と原告代理人は陳述を結ぶ。

裁判所は、「抑本案所争ノ要ハ、(論点1)原告ト被告ナミトノ夫婦ノ契約ハ明治九年己降全廿一年ニ至ル迄継続シ居タル歟、将タ(論点2)明治廿年ニ至リ一旦離縁ト為リ更ニ明治廿一年二月再縁ノ契約ナリシ歟ノ二点ヲ明ニセハ離婚ノ原由判

然タル」とする。ここで裁判所は原告の主張に沿って、論点を整理している。

論点（１）については、「被告提供スル乙第一号証ノ一、二ハ明治廿年九月廿八日即其当時被告ナミカ実家ニ引取中原告自筆ノ離縁状ヲ被告ナミニ送リナミモ之ヲ受取り、続テナミノ実家ニ連行キタル小児ヲ原告方ニ差返シタル事実アリシ事ハ該証ノ今日迄被告ノ手ニ在リテ原被共ニ明認スルノミナラス、明治廿一年一月多田吉次カ仲裁ニ入りシ当時迄之ヲ黙過シ去リシハ被告等ニ於テ所謂黙諾シタリト謂ハサルヲ得ス」。論点（２）については、「又明治廿一年一月ニ至リ多田吉次、藤野丈兵衛等カ仲裁人ト為リ互ニ奔走シテ稍ク再縁ノ運ヒニ至リタルハ多田庫彦、藤野丈兵衛カ公廷ノ証言ニ依テ明カニシテ、其当時被告ナミハ瘋癲病ニ罹リシモ多田吉次、藤野丈兵衛等ハ一意再縁結了ノ尽力ニ汲々トシテ夫等ノ事ニハ注意セサリシハ、結婚ノ翌朝原告方ニ訪問シナミノ挙動ニ注目シ始メテ心付キタルハ、多田庫彦カ証言ニ明治廿年旧十二月二十七日原告方エナミヲ連レ行キ翌朝尋ネタルニナミハ挨拶振甚タ忙然タル状況ニアリシ、後トニテ考フレハ精神病ニ罹リ居リシニハ非ルヤト疑ヲ起セシト言フヲ以テ証スルニ足レリ」。

「以上ノ証憑ヲ原告カ提供スル甲第一号証ノ文意及原告ノ陳述等ニ徴スレハ、原告ト被告ナミト夫婦ノ契約ハ明治廿年九月廿八日一旦解除シ明治廿一年二月再ヒ縁組ノ契約ヲ為シ、而シテ契約ノ当時業已ニナミハ瘋癲病ニ罹リ居リシモノト断定セサルヲ得ス、然ラハ則ナミカ心神喪失シタルノ時ニ於テ再縁ヲ取結ヒタルモノニシテ其契約ノ成立セサルハ言フヲ俟タス、故ニ原告カ離縁ヲ求ムルハ原由正当ニシテ被告之ヲ拒ムノ理由ナキモノトス」、とある。

被告（＝妻の兄）は、ナミは明治20年9月子供を連れて実家に帰っていたが、多田吉次等の仲裁があり、明治20年旧暦12月26日（＝明治21年2月7日）夫家へ戻ったのであるが、同月28日不幸にも瘋癲病に罹った。夫家で半年ばかり治療を加え

たがその効もないので実家に引取り加療中のところ、原告が離婚を求めることは「甚タ人倫ノ大道ニ背キタル所為」である。原告とナミとは夫婦の縁中断したことはなく、縁組の継続中不幸にも精神病に罹ったものである、と反論する。裁判所はこの被告の反論を全部否定して、明治20年9月離縁状の授受と子供の夫への引渡の事実により、夫婦の契約が一旦解除となったこと（離婚成立認定）、翌年2月再び夫婦の契約を締結したが、契約の当時ナミはすでに瘋癲病に罹っており意思能力がないのであるから再契約は無効である、と認定したのである。判決には、「原告請求ノ通り被告ナミハ速ニ原告ト離婚ヲ為シ被告忠蔵ニ於テハ之レカ復籍ノ手續ヲ為ス可シ」、とある。

ここで取り上げた明治23年福岡地裁離婚判決は、離縁状の授受と子供の引渡という事実による離婚合意の認定（協議離婚の成立）、再婚の契約における精神病による婚姻意思の欠缺（婚姻無効）を判旨とするもので、直截的には離婚原因としての精神病について判断を示した判決ではないが、勧解不調による精神病の妻に対する離婚訴訟（「離婚復籍ノ訴訟」）であり、実体として判決は妻の精神病を理由とする夫からの離婚請求を認容した裁判例と考えてよいであろう。

5. 法典調査会・民法整理会と「破綻主義」

明治民法の立法過程における精神病離婚と「破綻主義」離婚を巡る法典調査会・民法整理会での激しい議論については、浦本寛雄氏による家父長制イデオロギーによる「家」再編と関連付けた精緻な論考がある。⁽¹¹⁾ここでは、梅謙次郎・富井政章の制限離婚主義と穂積陳重の自由離婚主義に限定して両者の離婚法思想を整理する中で、特に穂積の自由離婚主義について、従来あまり着目されていないいくつかの要点について確認しておく。

（１）第149回法典調査会（明治29年1月8日）で、明治民法の原案823条6号「配偶者カ婚姻中三年間心神ヲ喪失シ本心ニ復スル望ナキトキ」が

審議された。起草委員富井政章は当該条号の趣旨を説明する。⁽¹²⁾ 6号については、1874年スイス婚姻法とドイツ民法第二草案により起草したものであり、「若シ三年以上精神ヲ失ツテ居ル精神上ノ幸福ヲ得ルコトが出来ナク為ツテ居ルノニドウシテモ夫婦ノ生活ヲシナケレバナラヌト云フコトハ如何ニモ不都合デアル」、この場合に離婚をしないは徳義の問題として置き、法律では離婚請求が出来るというのがよいと考える。わが国においても全く先例がないことでもないとして、「明治十一年十二月二十三日ノ内務省ノ指令デ(山中註. 既出第1先例のこと)、発狂者ノ妻デ夫ノ発狂ノ為メニ一家ヲ維持シ難キトキハ夫ノ承諾ヲ要セズシテ離婚ヲ請求スルコトヲ得ルト云フコトニ為ツテ居リマシテ、三年ト云フコトハナイガ其替り一家ヲ維持シ難キトキト為ツテ居ル」と説明した。

この富井起草委員の説明に対して、長谷川喬委員は離婚には悪意・過失を要するという「有責主義」に立ち、6号削除意見を展開した。⁽¹³⁾「苟モ一旦夫婦ト為ツタ以上ハ互ニ心ガ変ラヌ以上ハ何処マデモ継続シテ往カウト云フノガ最初ノ目的デアリマスカラシテ、縦令ヒ實際上ニハドウ云フ事ヲスルカモ知りマセヌガ、法律上デ以テ此第六号ノ如キ場合ニモ離婚ノ訴権ヲ与ヘルト云フコトハ、甚ダ道徳上ノ害ヲ来タシ法律上ノ体面ニ於テモ日本ノ法律トシテハ甚ダ悪ルイ法律ト思ヒマス」。また「何分日本デハ亭主ガ零落シタトカ廢疾ニ為ツタトカ瘋癲病ニ為ツタカラト云ツテ夫レヲ原因トシテ女房ガ離婚ヲ求メルト云フヤウナコトハ聞イタコトモハナイ見タコトモナイ」と発言する。

起草委員梅謙次郎は、協議上の離婚との権衡から裁判上の離婚でも精神病離婚を許さざるを得ないとして、「薄情デモ何ンデモ嫌ヤニ為ツテ居ル一方ハ、意思ヲ表示スルコトが出来ナイ此場合ニ於テ無理無体ニ喰付ケテ置クノハ却テ其病人ノ為メニモ宜シクナイ」、富井が挙げた以外にも西欧諸国には精神病離婚立法例は沢山あるので、この立法が日本の恥辱になるというような心配には及

ばない、⁽¹⁴⁾と富井を援護した。

結局、この原案6号は長谷川委員に賛同するものが多くあり、採決では賛否同数とはなったが、議長箕作麟祥が削除説に賛成して、法典調査会では削除と決した。⁽¹⁵⁾

(2) 原案6号削除決定の直後、起草委員長である穂積陳重は修正案「共同生活ニ堪ヘサル不和」「同居ニ堪ヘサル夫婦間ノ不和」を提出する。⁽¹⁶⁾ 起草委員会で原案を決めるときは多数に従うことを従来の例としているが、離婚の主義その認許の範囲に関して、穂積は原案の採る主義と聊か符合できないところがある。「離婚ノ事ノ如キハ其関スル所実ニ広且大ニシテ一概ニ常例ニ従ヒ難キモノアリ」、穂積は他の起草委員の承諾を得て修正案を提出するのである。

修正案理由に、「本邦今日ノ如ク一片ノ届書三行半ノ去状ヲ以テ直チニ離婚ヲ認ムルハ自由離婚ノ弊ヲシテ益甚シカラシムルモノナレバ本員ハ決シテ此ノ如キヲ是トスルニ非ズ、故ニ双方ノ氣質相諧ハズ一方ハ別ルルヲ欲スルモ一方ハ之ヲ肯ゼズ、或ハ其装資ヲ抑留シ或ハ其帰籍ヲ拒ム等到底協議離婚ノ能ハザル場合ニ至リテハ之ヲ裁判所ニ訴へ、裁判所ニ於テ当事者間ニ徳義上夫婦ノ関係已ニ滅シ遂ニ之ヲ回復スルノ期望絶エタリト認ムルトキニ於テ始メテ離婚ノ宣告ヲ為サシムルハ今日本邦ノ状態ニ於テ實際上望ミ得ベキ極度ノ制ナルガ如シ、是レ本員ガ協議離婚主義ト裁判上ノ自由離婚主義ヲ併用センコトヲ切望スル所以ナリ」とある。

わが国では夫の一方的な三行半で離婚となる自由離婚の弊害が顕著であり、反面、離婚を欲しても夫による持参道具の抑留や送籍拒みで離婚できない弊害も多くある。協議離婚ができない場合に裁判所に訴え、夫婦関係が破綻して回復できないことにより離婚の宣告ができることにするのが、わが国の民度に適応した最適の制度である。この協議離婚主義と裁判上の自由離婚主義(夫婦間の愛情破綻を離婚原因とする)の併用により、夫の一方的な意思による協議離婚の弊害の是正と併せ

て裁判離婚による妻の離婚意思の保護を図ろうというのである。

穂積は、また法律は国民の生活に大きな影響を及ぼすものであるから、約3分の1が離婚する離婚が容易な日本にあっては、この修正案程度に自由離婚の枠を設定しておくのが丁度適するのではないかと述べる。

「私ハ明治十八年以來ノ統計ヲ調べテ見マシタガ恰度三分ノ一ニ為ツテ居リマス、或ル年ハ三分ノ一強、或ル年ハ三分ノ一弱何時モ三分ノ一ト云フモノヲ出入シテ居ツテ即チ三度ニ一度ハ離婚ガアルト云フコトヲ先ヅ十年間ノ統計ガ示シテ居リマス、非常ニ離婚ノ容易イ国デアリマス……只今ノ所デ大概一年ニ三十万余リ位ノ結婚ガアツテ十万余リノ離婚ガアルト云フ位デアリマス、直チニ此法ガ出マスルト云フト此箇条ト云フモノハ人民ノ生活上ニ大ナル關係ヲ及ボスモノデアリマスカラシテ、是ガ出タラバドウ云フ影響ガアルデアラウカト云フコトヲ特ニ考ヘテ見ナケレバナラス、故ニ此処ニ私ノ提出シマシタ案位ノモノガ即チ是カラ先キ追々進ンデ往クニ恰度適シハシナイカト云フ考デアリマス」。

穂積は、婚姻の本質（基礎）は夫婦間の愛情であり、すでに愛情が破綻し別れたいという夫婦を法律が縛るのは、その法律は道理に反する法律である。裁判上の離婚原因では、夫婦間の愛情の破綻＝回復できない不和が、最も主な離婚原因であると言うのである。

「婚姻ハ元ト愛情ニ基テ生涯生活ヲ与ニシヤウト云フコトガ基礎デアリマス、愛情ガ去リマシテモ尚ホ此処ニアル原因ノ外ハ離婚ト云フモノヲ許サヌト云フコトハ甚ダ道理ニ反シタ法律ト言ハレテモドウモ仕方ガナイヤウニ為リハシナイカ……夫婦間ノ愛情ガ既ニ滅シテ互ニ相反目スルト云フヤウニ為ツテハ婚姻ノ基礎ヲ害スル夫レ所デハナイ、愛情ガ已ニ去ツテ双方ガ喰付ケ居ルノガ嫌ヤト云フノハ徳義上夫婦デナイ、徳義上已ニ夫婦デナイ者ヲ法律ガ夫婦デナケレバナラスト云フコトニスルノハ如何ニモ道義ニ反スル法律ト為ルト思ヒマス、此不和ト云フモノガ私ハ姦通ヨリモ何ニヨリモ重モイト思ヒマス……其回復スベカラザル不和ト

云フモノガドウシテモ是ガ最モ重モナ原因ト言ハナケレバナラスモノト私ハ考ヘルノデアリマス」。

しかし、この穂積の修正案はほとんど議論もないうまに、箕作議長「是ハ死骸ニシテ仕舞マシテ先キニ移リマス」⁽¹⁷⁾で否決となった。

(3) 法典調査会で削除となった原案823条6号は、その後整理委員会で整理案814条9号「配偶者カ三年以上心神ヲ喪失シ本心ニ復スル望ナキトキ」と復活した。第16回民法整理会（明治30年7月9日）で、起草委員梅謙次郎は提案理由を説明する。⁽¹⁸⁾

「第九号ノ『配偶者カ三年以上心神ヲ喪失シ本心ニ復スル望ナキトキ』ト云フノハ是レ亦原案ニハアッタノデス、所ガ議場ガ少シノ多数デ削ラレタル其理由ハ配偶者ガ心神ヲ喪失シテ居ルト云フノハ実ニ氣ノ毒デアアル、斯様ナル場合ニ其連レ添フテ居ル者ガ見捨ズシテ将来共看護ヲシテヤルト云フノガ夫婦ノ情デアルノニ、無情ニモソレヲ振捨テ離婚ヲシヤウ杯ト云フヨウナコトヲ許スト云フト道徳ガ地ニ墮チテ仕舞フ——サウ云ツタカドウカ知りマセヌケレドモサウ云フ趣旨デアツテ大変ニ満場ノ諸君ニ感情ヲ与ヘタモノト見エテ意外ニモ其説ガ多数ニナツタ、所ガ整理委員会ニ於テ段々議論ガアリマシテ、ドウモ妻ガ三年以上心神ヲ喪失シテ居ル夫ガ三年以上心神ヲ喪失シテ居ルサウ云フ場合ニ、固ヨリ愛情ガ残ツテ居ルトカ義侠心ガアルトカ云フ者デアレバ法律ガ縦令離婚ノ請求ヲ許シテ置テモ離婚ヲ請求シテ出ナイデアラウニ、苟モ離婚ヲ請求シテ出ル位デアルナラバ最早夫婦ノ愛情モ去ツテ仕舞ヒ義侠心杯モ去ツテ仕舞ツタ者デアアル、サウ云フ者ニ病人ヲ預ケテ置テ法律上当然後見人ト為ルト云フヨウナコトニスルノハ病人ノ為メニ甚ダ宜シクナイ、ソレ故ニ離婚ヲ請求スル原因トシテ置ク方ガ反テ病人ノ為メニ利益デアアル、斯ウ云フ話デ終ニ原案ノ通りニナツタ」。

第17回民法整理会（明治30年7月14日）になり、磯部四郎は「配偶者カ三年以上心神ヲ喪失」云々とあるが、これは甚だよろしくない条文と思う。配偶者の頼りが最も必要なときに病人を打っ棄って出ていくことが出来るということであれ

ば、肺結核とか天刑病とか種々の病気にかかったときも離婚が出来ることでなければいけないのではないか。「殊ニ甚シキハ殆ンド従来ノ慣習ニ反シ又道德上ニ反シテ最モ配偶者ノ頼ミニ必要ナル場合ヲ此原因ニセラレタノハ実ニ驚クノデアリマス」、と発言する。⁽¹⁹⁾

梅は、この磯部へ次のように反論する。⁽²⁰⁾『「心神喪失」トスルト愛情ガナイ愛情ノ情モ其他ノ情モ何モサウ云フモノガナイ、三年以上而モ生涯直ホル見込ガナイ、詰り人間ト云フ名ハ付クガ其実無機物同様或ハ無機物ト付カヌデモ禽獸同様若クハ人間ニ近イト同様デアリマス、サウ云フ者ト生涯夫婦ニ為ツテ居ラナケレバナラヌト云フコトハ余リ酷ト云フコトデ此処ヘ入レマシタ」。3年以上の精神病で回復の見込みがない場合に、離婚の訴えがあれば裁判所は離婚を認めて、むしろ専門病院で治療させる選択をさせる方が本人の利益にもなると思う。磯部委員は精神病離婚は慣習に反すると言うが、それについては疑問がある。「今日デモ三年間モ心神喪失デソレヲ原因トシテ裁判所ニ請求ヲシテ来タナラバ如何ニ愚頑ナ裁判官デモ許シテ居ルト思ヒマス、若シ許シテ居ラヌ裁判官ナラバソレハ道理ノ分ラヌ裁判官ト思ヒマス」。

これに対し磯部は、「病氣トカ或ハ発狂トカ云フ事柄ハ決シテサウ云フ地位ニ至ツタ原因ガ発狂者ニアルノデアリマスマイカラシテ、サウスルト自分ノ一向関リ知ラヌコトデ既ニ氣違ニ為ツテ居ツテ少シモ知ラヌ中ニ妻ガ離婚ニ為ルト云フコトハ最モ不都合デアリマス」、と明確に「有責主義」に立脚し、また夫婦は苦楽を共にするものであるとして9号削除説を主張した。⁽²¹⁾

審議の最終局面が近くなった頃、梅は「私ハ九号ハソレ程固執シナケレバナラヌト云フ程ニ重キヲ措テ居リマセヌ」、と提案者による9号放棄とも取れる発言している。⁽²²⁾ 9号は賛成大多数で削除となった。⁽²³⁾

(4) 第16回民法整理会において、穂積陳重は梅の814条改正案の理由説明の直後に、動議を出す。⁽²⁴⁾ 整理会ではこの穂積の動議が精神病離婚よ

りも活発に議論される。民法の中でも離婚に関することはわが国の社会に重大な影響を及ぼすものであるから、起草委員会でも裁判上の離婚原因については丁寧に考えたのであるが、離婚の訴の幅をどの程度にするか、どの程度制限するのかあるいは全く自由に門戸を開くのか、その程度論については少しの議論もなかった。そのことを私は甚だ遺憾なことと思ひ整理委員会においてもお断りしておりますが、「私ハーツノ動議ヲ出シタイト思フノデアリマス、ソレハ此中ニ例ヘバ第四号ノ次位ノ所ヘ——趣意丈ケヲ申シマスルガ『同居ニ堪ヘサル夫婦間ノ不和』斯ウ云フ原因ヲ加ヘルコトノ發議ヲ致シタイト思ヒマス」。整理案の離婚原因は一々尤もの原因ですが、「夫婦トシテドシテモ生涯生計ヲ営ムニ堪ヘラレヌト云フ場合」すなわち「婚姻ノ本質タル重大ナ事」が抜けているのではないかと考えるからです。

「是迄ハ已ムヲ得ザルトキ（山中註. 明治6年第162号布告にある裁判上の離婚原因）ハ裁判所ニ訴ヘタノデアリマスガ、本案（山中註. 整理案）ガ通りマシタトキニ於テハ此中ニ入レテ置キマセヌケレバドウシテモ一緒ニ夫婦トナツテ居ルコトノ出来ヌト云フ場合デモ離婚ガ出来ナクナルノデアリマス」。「一番ノ離婚ノ原因ト云フモノハ夫婦間ノ愛情ノ既ニ去ルト云フ事柄デアリマスマイカト私ハ考ヘル」。

「日本ノ離婚ノ統計、少クトモ十年位ノ平均ト云フモノハ三分一弱即チ三人少シ余リノ婚姻ニ付テ一人ハ離婚ガアル斯ウ云フノデアリマス」。この離婚が容易な日本で制限離婚（整理案）を実施すると、夫婦間に甚だしい不和があっても、夫婦の一方が同意しなければ協議離婚もできない、裁判に訴えることもできない。仲の悪い夫の奴隷となり、嫌な妻に生涯縛られるという事態になる。そうすれば姦通が増え、私生子が増えるというフランスの統計もある。ここでの穂積の発言に、これまでは同居に堪えざる夫婦間の不和の場合に「已ムヲ得サル事故」として裁判所に訴えることが出来たとあるが、裁判所が第162号布告を破綻

主義条項として運用していたことに言及するもので貴重である。

穂積は、今までの三行半による追出し離婚のような全く自由な離婚主義を採ることを主張しているのではない、「夫婦間ニ永久恢復スベカラザル不和」がある場合に、裁判所へ救済を訴えることが出来るようにしたいのである。文明諸国よりも百倍も離婚が多いわが国において新たな離婚法を軟着陸させるには、婚姻の本質に関わる「同居ニ堪ヘサル夫婦間ノ不和」を裁判離婚の「一般ノ根本ノ理由」として、加えて置くべきであると説明する。

この穂積の動議案について、岡野敬次郎は「今ノ穂積サンノ言ハレルヤウナ『同居ニ堪ヘサル夫婦』トカ云フヤウナコトガ這入ルト尚ホ広クナル、詰り自由ヲ認メタト云フコトニアルデアラウト思ヒマス」。穂積案は厭になったらいつでも離婚できるということと少しも変わらない、離婚の枠が広くなりすぎ、離婚の自由を認めたことに等しいのであり絶対反対と言う。⁽²⁵⁾ 尾崎三良も「唯一方ガ厭ヤニナツター一方ノ愛情ガ尽キタカラト云ツテ、一方ハ離レタクナイト云フノハソレヲ理由トシテ訴ヘルコトヲ許スノハ余リ自由主義過ギハセヌカト思フ」と同調する。⁽²⁶⁾

(4) 第17回民法整理会(明治30年7月14日)冒頭に、穂積は追加説明して次のように発言する。⁽²⁷⁾ 離婚の歴史は自由離婚へ向かう。西欧のキリスト教国でも段々と夫婦間の不和を離婚原因の一つとして来ている。協議で離婚が皆片付くということでもない。「日本ノ協議離婚ト云フモノハマダ本統ノ協議離婚ト云フモノデハ全クハナイノデアリイマス」。妻がどうしても別れたいと言っても、夫の方が送籍しなかったり、箆笥や着物を押さえて返却しない場合があちこちに見受けられる。夫が承知しないと離婚できない、仇敵の様に思っても生涯夫に従っていることになる。このような場合に「本統ノ裁判上ノ離婚」が必要となるのである。

続いて、梅が発言する。⁽²⁸⁾ 「吾々が離婚ノ部分

ヲ起草スルニ当ツテ起草委員ノ一人タル穂積君カラスヤウナ意見ガ出マシタ、乍去富井君ト私トハ反対デアリマシ」た。起草委員会でも穂積から「同居ニ堪ヘサル夫婦間ノ不和」を裁判上の離婚原因とするという意見が出たが、梅と富井は反対したのである。穂積の言う協議離婚は法律上の離婚ではなくて、慣習としての協議離婚なのであり、そこで自由自在の離婚が行なわれているのである。「今日ノ習慣法トモ言フベキ裁判上ハ離婚ハ故ナク出来ナイ」のである。裁判上の離婚では正当の事由が必要で、夫嫌いだけでは裁判所は離婚を許さないのである。また裁判官が一時の不和か生涯の不和か判断するのは困難であり、「同居ニ堪ヘサル不和」という条件は随分危険な条件である、と穂積を批判する。

それに対して、穂積は、自分が離婚法の沿革で述べたヨーロッパのキリスト教国・ローマ・大宝令の各離婚について梅の理解が不足していることを指摘しながらも、それはどうでも宜しいがと言って、梅の反論に再反論する。梅は「共同生活ニ堪ヘサル不和」という主張を徹底するのであれば、協議や裁判も止めてただ一方が嫌になったら婚姻を解消できるようにしないと理論の一貫性がないというが、この梅の反問は極端すぎる、無理な注文である。社会の影響から考えるとそれでは段々風俗が頹廢してくるから、立法論としては程度論で公の徳義を保護することもなければならぬのである。最後に、穂積は自分の案を維持すると共に、土方の第2案11号の次に「此他正当事由アルトキ」を置くという意見にも賛成する、と発言を結んだ。⁽²⁹⁾

続いて梅は、土方の第2案である「正当ノ事由」を列举主義の離婚原因の中に挙げると、列举主義の意味がなくなるとして反対と発言する。⁽³⁰⁾ 「日本ノ今日ノ離婚ト云フモノハ大変ニ数ガ多イ誠ニ嘆ハシイコト私モ誠ニ嘆ク所デ、第一此離婚ト云フモノガ大変数ガ多イト云フコトハ悪イコトデアリマス」、「今日ハ穂積君ガ言ハレタル如キ決シテ自由離婚デアリマセヌ、ソレデスラあの位アリマス、ソレヲ今日自

由離婚ニ依ツテ一方ガ嫌ヤダト言ヘバソレヲ許スト云フコトニ為ルト大変数ガ多ク為ルト思ヒマス」。今日の日本では婚姻か私通か分からない場合が多い。婚姻を従来よりいくらか嚴重にして、離婚も相当に制限することが必要である。「協議上ノ離婚ノ数ハ非常ニ多イガ裁判上ノ離婚ノ数ハ非常ニ少ナイ、平均シタラ一地方ノ裁判所ニツカ三ツ位デアラウト思ヒマス、日本全国ニシタ所ガ一年ニ千ト云フ程ハナカラウト思ヒマス……穂積君ガ頻リニ大言セラルル所ノ如斯離婚ヲ制限シタナラバ、従来離婚ガ出来タノヲソレヲサセスト却テ弊害ヲ起スト云フコトハ、必ズ杞憂ニ属スルト云フコトヲ断言シテ置キマス」。

裁判離婚は全国で年間千件程度、全離婚数の百分の一弱であり、従来「已ムヲ得ナイ事故」として認めていた「夫婦間ノ不和」を離婚原因に入れないと弊害が起こるといふ穂積の大言は杞憂であると断言できると結ぶ。最後まで、協議離婚の現状が夫の意思だけによる離婚であり、最後の砦として裁判所で妻の離婚意思を保護するために、「同居ニ堪ヘサル不和」を裁判上の離婚原因に入れないとする穂積との懸隔は埋まらなかった。結局、穂積の動議は賛成少数で否決となった。⁽³¹⁾

(5) 明治民法の立法過程では、旧民法を継承する制限列举主義の中で、「有責主義」と並行する条項として、精神病離婚と夫婦の不和が同時に議論の俎上にのせられていた。精神病離婚を先行させる諸外国における破綻主義立法とは異なる歩みであった。三人の起草委員の中で、富井政章と梅謙次郎は「有責主義」・制限主義に立脚しその例外として精神病離婚までを許容しているが、穂積陳重は婚姻の本質を愛情としその愛情が喪失した回復できない不和を最重要の離婚原因とする、「有責主義」を脱却した「破綻主義」・自由離婚主義の考えを有しており、両者間には修復できない懸隔があった。

その後、「破綻主義」立法に向けた離婚法の改正は大正14年臨時法制審議会「親族法改正要綱」第16、昭和16年人事法案89条と引き継がれ、戦後に持ち越された。昭和22年6月アメリカ総司令部

の提案で813条1項4号「配偶者強度ノ精神病ニ罹リ回復ノ見込ナキトキ」が追加されて、現行民法770条が成立することになる。⁽³²⁾

6. 大正10年熊本地裁判決

明治民法期の熊本地裁民事判決原本の中に、精神病離婚に関しては同地裁では唯一と考えられる大正10年8月12日「離婚請求事件」判決⁽³³⁾がある。

大正十年（ウ）三三号

判決

熊本県菊池郡合志村……………

原告 松永 清太

右法律上代理人 後見人 野田 泰平

右訴訟代理人 弁護士 芥川 倭夫

熊本県菊池郡合志村……………

当時同県飽託郡龍田村……………嶋村熊吉方

被告 松永 ステ

右当事者間ノ大正十年（ウ）第三号離婚請求事件ニ付当裁判所ハ判決ヲ為スコト左ノ如シ

主文

原告ト被告トヲ離婚ス

訴訟費用ハ被告ノ負担トス

事実

原告訴訟代理人ハ主文ノ如キ判決ヲ求ムル旨一定ノ申立ヲ為シ、其ノ請求ノ原因トシテ演述シタル事実ノ要旨ハ、原告ハ大正五年九月二十七日被告ト婚姻ヲ為シ爾來肩書本籍地ニ同棲シ居リタルトコロ、原告ハ其当時ヨリ多少精神ニ異状アリシヲ以テ大正八年四月四日熊本區裁判所ニ於テ禁治産ノ宣告ヲ受ケ居レルニ依リ、被告ニ於テ原告ヲ看護スヘキ身ナルニ係ハラス原告カ時々多少ノ乱暴ヲ為スヲ嫌厭シ大正八年來屢々原告家ヲ去リ被告ノ実家ニ帰り、其都度人ヲ派シテ原告家ニ伴ヒ帰り来ラシメ居タリシモ、大正九年五月央頃ヨリ被告ハ原告ヲ厭ヒ実家ニ帰り去リシ俣長ク原告ヲ棄テテ顧慮セサルニ因リ屢々其復帰ヲ促セトモ之ニ応セスシテ今ニ及ヒタル次第ニシテ、被告ハ全ク原告ノ精神病者ナルノ故ヲ以テ之ヲ嫌悪シテ遺棄シタルモノ

ナレハ、原告ノ後見人ハ親族会ノ同意ヲ得テ本訴提起ニ及ヒタリト謂フニ在リテ、尚本件悪意ノ遺棄タル事実ヲ知りタルハ本訴提起当時ナリト附演シ、立証トシテ甲第一乃至第四号証ヲ提出シ証人松永三太郎ノ喚問ヲ申請シタリ、

被告ハ原告ノ請求通りノ判決ヲ求メ、原告主張ノ事実ハ全部之ヲ認ムル旨陳述シ、甲各号証ノ成立ヲ認メタリ、

理由

原告カ被告ト大正五年九月二十七日婚姻ヲ為シタルコトハ甲第一号証ノ戸籍謄本ニ依リ之ヲ認メ得ヘク、被告カ原告主張ノ如ク精神病患者タル原告ヲ嫌ヒ同人ヲ棄テテ大正九年五月央頃ヨリ被告実家ニ帰り去リタル俟今日ニ至ルマテ原告家ニ復帰セサルノミナラス、尚被告自身ニ於テモ原告ト離婚スルコトヲ希望シ親族一同モ亦之ニ異議ナキ事実ハ、証人松永三太郎ノ証言ニ拠リテ明カナリトス、果シテ然ラハ叙上ノ如ク被告ニ於テ精神病患者タル原告ヲ看護ス可キ身ナルニ係ラス、原告カ精神病患者タルノ故ヲ以テ同人ヲ棄テテ之ヲ顧慮セサルカ如キハ、民法第八百十三条第六号ニ所謂配偶者ヨリ悪意ヲ以テ遺棄セラレタルトキニ該当スルコト固ヨリ言ヲ俟タサルトコロニシテ、原告カ禁治産者ナルコトハ甲第二号証ノ決定謄本ニ徴シ之ヲ認メ得ヘク、故ニ人事訴訟手続法第四条ニ基キ原告ノ後見人カ親族会ノ同意ヲ得テ本訴提起ニ及ヒタルコトハ甲第三・四号証ニ拠リ之ヲ認メ得ヘク、尚離婚訴権ノ消滅原因ニ罹ラサルコトハ本訴訴状ノ全趣旨ニ徴シ窺知シ得ヘキヲ以テ、原告ノ本訴請求ヲ至当ナリト為シ、訴訟費用ノ負担ニ付キ民事訴訟法第七十二条第一項ヲ適用シ主文ノ如ク判決シタリ、

熊本地方裁判所民事部

裁判長判事 山川 幸吉 ㊞

判事 荒木 正利 ㊞

判事 佐々木 義朗 ㊞

この判決文の事実には、原告（＝夫）は大正5年9月27日被告（＝妻）と婚姻・同棲していたが、原告はその当時より多少精神に異状があり、大正8年4月4日に熊本區裁判所において禁治産

の宣告を受けた。被告は原告を看護すべき身であるに係らず原告が時々多少の乱暴をふるまうのを嫌厭し、大正8年来屢々被告の実家に帰り、その都度人を使わして原告家に連れ戻していたが、大正9年5月央頃より被告は原告を厭い実家に帰去したまま長期に原告を棄てて顧慮しないので、屢々その復帰を促すも今日まで応じない。被告は精神病患者である原告を嫌悪して遺棄したのであり、（人事訴訟手続法第4条に基づき）原告の後見人は親族会の同意を得て本訴を提起したとある。

裁判所は、（1）原告の主張にあるように、被告は精神病患者である原告を嫌棄し、大正9年5月央頃より被告実家に帰去したまま今日に至っている。（2）被告自身においても原告と離婚することを希望しており、親族一同も異議がない事実は、証人の証言に拠り明らかである、とする。果してそうであるならば、被告に於いて精神病患者である原告を看護すべき身であるに係らず、原告が精神病患者であるという理由で同人を棄てて顧慮しないという事実は、「民法第八百十三条第六号ニ所謂配偶者ヨリ悪意ヲ以テ遺棄セラレタルトキニ該当スル」、と判決する。

この大正10年熊本地裁判決は精神病患者である夫（後見人）から別居中の妻に対する離婚請求であるが、裁判所は813条6号悪意の遺棄を適用して離婚を認容する。被告である妻自身も離婚を希望し、その親族一同も同意している事情にも拘らず、協議離婚ではなく裁判になっている。明治民法では、意思能力のない精神病患者である夫とは協議離婚が出来ないのである。また妻の離婚意思は堅固であったが、「有責主義」を採る明治民法下では積極的に裁判による精神病離婚の請求は出来ない。そこで1年余り実家で別居中に双方親族と妻間の協議で離婚することがまとまり、精神病患者の夫（後見人）から離婚の訴えに及んだのであろう。この間に、夫婦間の子供がいなかった妻は大正9年12月3日養子縁組の届出を行ない、夫家の推定家督相続人を定立している。⁽³⁴⁾

7. 昭和8年大阪地裁判決

大阪地裁昭和8年9月4日離婚判決⁽³⁵⁾は、夙に学界で周知されている戦前の精神病離婚判決である。813条5号前段「同居ニ堪ヘサル虐待」を適用して、妻から精神病の夫に対する離婚請求を正面から認容した画期的な判決である。「(一)前示殴打足蹴又は深夜兇器を以て死を迫りたること自体は被告の精神異常状態中無意識にて為したるものなるも、全治せざるものなる以上何時再び斯る発作の出現するや測り知るべからざる以上、其の不安の状態は妻として共同生活を為す原告の到底堪へ得ざる処なること、(二)加之被告の怠惰の性格及生計維持の経済能力の欠缺より生ずる一家の不安並に被告に到底生活改善の気力なく、最早本件婚姻を維持する足らざるものと認め得らるることの二者が不可分的に合成して、結局之を『同居に堪へざる虐待』と見做すを妥当とす。」とある。

(1) 全治が見込めない精神異常に拠る発作で殴打足蹴等に及ぶ夫に、妻は不安で共同生活に堪えることが出来ないのであり、また(2) 夫は怠惰で生計維持の経済力も欠けており、その性格は変革の見込みもないのであって、最早この婚姻関係を維持することは難しい。ここでは、(1) 精神病による同居生活の破綻と(2) 生計面での共同生活の破綻という二つの事実を融合させて、813条5号前段に該当するとして、精神病の夫との離婚を認めている。

この判決で刮目すべきは、「配偶者の一方が不治の精神病に罹りたる場合其の他婚姻関係を継続し難き重大なる事情の存するが如き場合」は、813条5号前段「同居ニ堪ヘサル虐待」は「有責主義」を採れるものとせず、所謂「目的主義」を採るものと解釈して、当事者にその責任あると否とを問わずにただ婚姻の目的を達成することが出来ない事実が存在するを以て足るものと理解することが妥当の処置である。明治民法の「有責主義」・限定的列挙主義について、「複雑なる社会世相と錯綜せる家庭生活に準拠して簇生する各種多

様の近代社会生活に於ける離婚要求の事項は、決して我現行民法の採れる限定的列挙主義の離婚原因によりては到底能く其の目的を達し能はざるものとす」と批判して、明確に「同居ニ堪ヘサル虐待」を「破綻主義」条項として再定位していることである。

精神障碍による心神喪失の状態における暴力行為であれば、それが苛酷で違法性の高いものであっても「有責主義」の813条5号「同居ニ堪ヘサル虐待」は適用できない。当該行為に有責性があることが求められるからである。この判決では5号は「有責主義」から訣別し「目的主義」(「破綻主義」)を採る条号として解釈し、有責性の有無に関係なく、夫婦が継続の意思を失い、婚姻共同生活を回復することが不可能であると判断できる客観的な事実があるとして、5号を適用しているのである。明治民法の殻を破った大胆な判決である。言うまでもないが、「目的主義」は穂積重遠が大正12年の論文「精神病離婚」(法学協会雑誌41巻6号)の中で「有責主義」とともに名付けたとあり、「夫婦各自に責あると否とを問はず婚姻の目的を達し得ない事情あるが故に離婚を許す」主義と説明している。⁽³⁶⁾ この判決は穂積重遠学説を積極的に裁判実務に取り入れているのである。⁽³⁷⁾

8. 結語にかえて

ここで論考した(1) 明治23年福岡地裁判決、(2) 大正10年熊本地裁判決、(3) 昭和8年大阪地裁判決は、各時期における「有責主義」と「破綻主義」が交錯する裁判離婚の潮流の中から出現した判決であった。

(1) 明治前期において、裁判上の離婚原因は「已ムヲ得サルノ事故」(明治6年第162号布告)であった。婚姻は両当事者の愛情に基づくものと考えられており、したがって離婚についてもその愛情の喪失により共同生活の維持継続が不可能と考えられる状態である場合に離婚請求を認め

るという、「破綻主義」的な考え方が顕著であった（大審院明治13年7月31日判決、熊本裁判明治15年4月28日判決）。裁判所は離婚原因として抽象的に「夫婦ノ情」＝「夫婦ノ情義」＝「夫婦ノ情誼」の断絶を挙げている（東京裁判明治16年11月8日判決）。このような離婚法・離婚思想に基づいて、全国の裁判所で多くの「破綻主義」的な判決が下された。東京裁判明治20年12月27日判決では、結婚後僅かな日数間で別居したことは、夫婦間に深刻な性格の不一致があるのであり、将来においても円満な婚姻関係を回復することは期待できないと離婚を認定する。東京裁判明治22年4月5日判決は双方に氷炭相容れない程度の性格の不一致があるとして、離婚を認定している。⁽³⁸⁾

このような全国裁判所の「破綻主義」離婚の潮流の中で、実体として妻の精神病を理由とする夫からの離婚請求を認容したのが明治23年福岡地裁判決であった。当時は精神病の場合は双方親族協議による協議離婚（「行政離婚」）が認められていたのであり、裁判上の精神病離婚は双方親族・配偶者間の協議不成立の極限られた場合であると言えるであろう。

（2）法典調査会・民法整理会では精神病離婚（3年以上の回復の見込みのない強度の精神病）と併せて「共同生活ニ堪ヘサル不和」「同居ニ堪ヘサル夫婦間ノ不和」が審議されたが、結局のところ明治民法は「有責主義」・離婚原因の制限列举主義を採用した。ところが同法813条5号「配偶者ヨリ同居ニ堪ヘサル虐待又ハ重大ナル侮辱ヲ受ケタルトキ」の解釈に関して大審院明治41年10月10日判決をはじめとする裁判所の見解は有責的な解釈を次第に脱して、「破綻主義」的な解釈を示すものが多く現れて来る。裁判所は虐待行為、侮辱行為は付随的なものとし、その背後にある夫婦の婚姻関係の破綻を捉えて離婚を認容するのである。東京地裁昭和2年1月14日判決では、夫は事ごとに出ていけ出ていけと言ひ、食事中にも罵るためとうとう妻は夫家を出て他家で女中奉公をするが、夫は21、2歳の女と内縁を結び生活を始

めた。東京地裁昭和14年1月25日判決では、夫は妻を疎外し、家計費も支給しない。妻を豚と呼び、豚の食器と家族のものを区別するようにと女中を叱責し、日常の食物も自分の金で買い入れたものであるから食べてはならぬと放言し、子供にも母の側へ行くと馬鹿がうつるとして食事と一緒に取らせない。いずれの判決でも、夫の行為はその苛酷性・違法性よりも、その行為の結果同居の継続が不可能であると判断されて「同居ニ堪ヘサル虐待」・「重大ナル侮辱」に該当すると判示されているのである。⁽³⁹⁾

この時期の離婚裁判において、「有責主義」が大地を流れる本流で「破綻主義」は伏流水であったが、時として間歇泉が水蒸気を噴出するように、判決の中に現れて来るのである。大正10年熊本地裁判決では、悪意の遺棄（813条6号）を適用して、精神病者の夫（後見人）から1年余り実家で別居中の妻に対する離婚請求を認めている。意思能力がない場合には協議離婚はできないから、たぶん双方親族・配偶者間の協議を踏まえて夫から訴えて離婚することになったのであろう。妻から訴を起すことも勿論出来たが、勝算は望めないと判断したのであろう。（3）昭和8年大阪地裁判決は、妻自身から精神病の夫を訴えた離婚訴訟である。「目的主義」（「破綻主義」）を採用のものとして、813条5号前段「同居ニ堪ヘサル虐待」を適用して離婚を認めている。5号を「目的主義」と明言するのはこの判決が唯一と思われるが、当時の大審院をはじめ多くの裁判所における「破綻主義」判決の中で究極の「破綻主義」判決と言えるものである。

紙幅の都合で、本稿では穂積重遠の「目的主義」「相対的離婚原因」をはじめ、現代における精神病離婚の諸問題についても全く踏み込むことが出来なかった。次稿に期することにしたい。

【注】

- （1）穂積重遠「精神病離婚」『離婚制度の研究』（改造社、1924年）839頁以下。
- （2）泉久雄「精神病離婚」（中川善之助教授還暦記念『家

- 族法体系Ⅲ』有斐閣、1959年）166頁以下。浦本寛雄「精神病離婚」（中川善之助先生追悼『現代家族法体系2』有斐閣、1980年）163頁以下。久貴忠彦「判例精神病離婚法」（太田武男編『現代の離婚問題』有斐閣、1984年）281頁以下。浦本寛雄「精神病離婚法の成立と展開」『破綻主義離婚法の研究』（有斐閣、1993年）101頁以下。
- (3) 資料番号1538（堀内節編『明治前期身分法大全2巻一婚姻編Ⅱ一』中央大学出版部、1974年、279頁）。以下、資料番号1538（『身分法大全2』279頁）と略記する。
- (4) 資料番号1543（『身分法大全2』279頁以下）。
- (5) 資料番号1556（『身分法大全2』285頁）。
- (6) 資料番号1544（『身分法大全2』280頁）。
- (7) 浦本寛雄『破綻主義離婚法の研究』108頁以下。
- (8) 高柳信三『明治前期家族法の新装』（有斐閣、1987年）302頁。高柳真三氏は、「明治前期における離婚も六年（山中註、明治6年第162号布告）以後においては、協議によるものと裁判によるものとの二種があった」。協議離婚については明治6年10月太政官指令（同年9月小倉泉伺）にあるように、「離婚の情実すなわち原因を詳細に記載し、双方親戚等二人以上の連印、戸長の奥印を加えた願書を行政庁に差出すことを必要とした」場合もあった。「願書といっても届書を意味するものと思われるが、かかる手続きがその後つねに厳重に守られたかは充分明らかでない。」（同書296頁以下）とする。高柳氏は離婚の態様を協議離婚と裁判離婚の二種とし、「願書」は協議離婚の場合における形式的要件であり、「届書」を意味するものであって、この手続きが厳守されたかについては疑問を暗示している。
- 穂積重遠氏は、民法施行前の離婚には協議離婚・行政離婚・裁判離婚の三種があった（穂積重遠『離婚制度の研究』723頁）。行政離婚とは、夫妻の協議はなくとも親族間の協議が纏まれば行政官庁の許可で許した離婚であり、相対的離婚原因（「已ムヲ得サルノ事故」）と共に、民法施行前の離婚制度の二つの特徴とする（同書732頁）。
- (9) 加藤美穂子「明治前期における離婚法」（法学新報76-11・12、1969年）133頁以下。加藤氏は、離婚の態様について、裁判所が介入すべき裁判離婚、行政官庁に願出てその許可を必要とする願出離婚、官庁への届出（戸籍への登記）をもって足る届出離婚の三種に区分する（同論文109頁以下）。加藤氏の特徴は、この離婚態様が、訴訟当事者の属性（夫・妻、家女・他女など）及び離婚原因の軽重（最も重い離婚原因は届出離婚で足り、やや軽い離婚原因は行政官庁の判断・許可を要する願出離婚、さらに軽微な離婚原因は裁判離婚として離婚の妥当性・必要性を審査する。）と相関関係を有するものとして組み立てられていることにある。
- 加藤氏が分析した行政先例と同時期において、裁判上の離婚原因について、例えば熊本裁判所の場合は、姦通の浮説・夫の身体障害・夫による奉公強制・暴力と不貞・嫌悪・虐待・悪意の遺棄・畜妾と不品行などと広汎にわたっている。山中至「明治前期における裁判離婚の一研究」（法政研究48巻2号、1981年）385頁参照。
- (10) 山中至「明治前期の離婚関係判決」（熊本法学53号、1987年）177頁以下。
- (11) 浦本寛雄「明治民法における精神病離婚法の不採用とその経過の特徴」『破綻主義離婚法の研究』124頁以下。
- (12) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書6』（商事法務研究会、1984年）374頁以下。以下、『資料叢書6』374頁以下と略記する。
- (13) 『資料叢書6』378頁、379頁。
- (14) 『資料叢書6』378頁以下。
- (15) 『資料叢書6』381頁。
- (16) 『資料叢書6』382頁以下。
- (17) 『資料叢書6』391頁。
- (18) 法務大臣官房司法法制調査部監修『日本近代立法資料叢書14』（商事法務研究会、1988年）395頁以下。以下、『資料叢書14』395頁以下と略記する。
- (19) 『資料叢書14』417頁。
- (20) 『資料叢書14』417頁以下。
- (21) 『資料叢書14』418頁以下。
- (22) 『資料叢書14』428頁。
- (23) 『資料叢書14』431頁。
- (24) 『資料叢書14』399頁以下。
- (25) 『資料叢書14』404頁以下。
- (26) 『資料叢書14』405頁以下。
- (27) 『資料叢書14』408頁以下。
- (28) 『資料叢書14』411頁以下。
- (29) 『資料叢書14』420頁以下。
- (30) 『資料叢書14』422頁以下。
- (31) 『資料叢書14』430頁。
- (32) 穂積重遠「民法改正要綱解説（二）」『家族制度全集法律篇Ⅱ』（河出書房、1937年）352頁以下。「人事法案（仮称）」（堀内節編著『家事審判制度の研究』中央大学出版部、1970年）946頁。沼正也「近代家族法の論理構造の中での精神病離婚原因」（松山商大論集17巻6号、1966年）267頁以下、堀内節「民法中改正法律案に関する総司令部政治部係官との会議録」（堀内節編著『続家事審判制度の研究』中央大学出版部、1976年）1056頁以下。
- (33) 熊本地裁『大正10年自1月至12月（ウ）裁判原本・人事訴訟事件』。
- (34) 大正9年12月の養子縁組に関しては、分家した夫の母・継父から夫・元妻・養子に対して、養子縁組無

効確認の訴えがなされた。第1審・第2審とも原告（控訴人）の敗訴である。大正12年6月28日熊本地裁「大正12年（ウ）第37号養子縁組無効事件」判決、大正13年3月13日長崎控訴院「大正12年（ア）第313号養子縁組無効確認事件」（熊本地裁『大正13年自1月至12月（ウ）裁判原本・人事訴訟事件』所収）参照。

- (35) 法律新聞3597号5頁。
- (36) 穂積重遠『離婚制度の研究』866頁。
- (37) この判決について、太田武男氏は、「旧法下の判例に現れた有責主義の頽勢乃至破綻主義の台頭を物語るものとして注目に値する。」と積極的に評価する（太田武男『離婚原因の研究』有斐閣、1987年、50頁以下）。近年では浦本寛雄氏は、この判決文には「精神病離婚と『相対的離婚原因主義』の関係にかかわる穂積重遠の構想の影響が明らかに表れている」。同時に「唯婚姻の目的を達成すること能はざる事実の存在するを以て足るものと解するを妥当の処置とす」と述べているところには、「穂積の『相対的離婚原因主義』を乗り越える契機」を包含している、と穂積重遠学説との関連性を分析する（浦本寛雄『破綻主義離婚法の研究』189頁）。
- (38) 山中至「わが国『破綻主義』離婚法の系譜」（熊本法学68号、1991年）101頁以下。
- (39) 山中至「東京地裁判決と『破綻主義』離婚法理」（林屋礼二・石井紫郎・青山善充編『明治前期の法と裁判』信山社、2003年）291頁以下。穂積重遠「判例に現はれた離婚原因」『離婚制度の研究』733頁以下。太田武男「旧法下の判例に現れた離婚原因」『離婚原因の研究』30頁以下。