

精神病離婚の一考察

——判例法理の再検討のための基礎作業——

高橋 敏

目次

- 一 はしがき——精神病離婚の問題状況
- 二 判例法理の形成と意義
 - (一) 判例法理の形成
 - (二) 判例法理の実質的意義とその批判
- 三 わが国離婚法における精神病離婚の位置づけ
 - (一) わが国精神病離婚法の沿革
 - (二) 現行民法における精神病離婚の位置づけ
- 四 結びに代えて

一 はしがき——精神病離婚の問題状況

わが民法は、七七〇条一項に裁判上の離婚原因を規定しているが、その四号に「配偶者が強度の精神病にかかり、回復の見込がないとき」を掲げ、精神病離婚を具体的離婚原因とする明文規定をもって承認している。これは、周知の如く、戦後の民法改正により新たに導入されたものである。そのことによって、わが国離婚法もまた有責主義から破綻主義へ移行したことを意味するといわれている。⁽¹⁾ 破綻主義は、婚姻生活がもはや婚姻の目的を達せられない程度に破綻をきたしたる場合には離婚を認めることによって、その婚姻法的拘束から解放させるべきであるとする立法主義であり、その破綻原因が何であるか、そこに至った当事者の有責・無責を原則的に問わない。その意味において、一方配偶者の強度かつ回復の見込なき精神病によって破綻をきたした婚姻生活は、通常、夫婦双方の責めに帰すべき事由なくして生じたものであり、かかる精神病を原因とする離婚請求を認める立法は、まさに破綻主義離婚原因法の典型として位置づけられるものと言うことができる。⁽²⁾ そして、これは「婚姻は単なる愛情共同体ではなく、同時に生活共同体であるのに、配偶者の一方が精神病のために分業上の役割を果たす能力を失い、他方の配偶者にとって、婚姻が耐えがたい価値のない拘束となってしまう場合には、その婚姻はもはや法律の保護をうけるに値しないものとして、離婚を宣言されて然るべきだ」とする法的価値観に基礎づけられている。⁽³⁾

しかし、この精神病離婚の規定の運用にあたって、最高裁は、精神病離婚が認定されるためには、民法七七〇条一項四号にいう、(イ)「強度の精神病」にかかり、かつ (ロ)「回復の見込がないとき」という要件を満足するだけではたらず、加えて同条二項を適用することによって、「病者の今後の療養、生活等についてできる限りの具体的方途を講じ、ある程度において、前途に、その方途の見込のついた上でなければ、ただちに婚姻関係を廃絶することは不相当」という立場を明言し、その後の判例もかかる基本的立場を繰返し踏襲、確認することによって確定した判例法理を形成していると言っている。⁽⁴⁾ これに対して、学説のほとんどは、後に考察する如く極めて批判的展開を示してきた。今日、精神病離婚に関する議論は、「学説と判例の真正面からの対立とその固定化」⁽⁵⁾ した状況の中に置かれて久しい。

こうした状況打解の手掛りを探るためには、精神病離婚判例法理自体の再検討およびかかる判例法理形成の要因・背景を再度検討することによって、今日なお、そうした判例法理が妥当するものかを考察することが必要である。

精神病離婚制度の目的は、それを破綻主義離婚原因法の枠組に位置づけられる限り、第一義的には健康配偶者の精神的・経済的苛酷な婚姻法的拘束からの解放にあることは疑いないが、同時に精神病配偶者の離婚後の療養・生活保障への配慮もまた要請されていることも否定できない。したがって、精神病離婚法の目的が十分に機能し、説得力を持ちうるためには、この間の妥当な調整がなされることが必要であることは言うまでもない。しかし、それが判例法理のように、民法七七〇条二項の解釈から導き出された「具体的方途」を離婚請求認容の実質的要件とする理論構成が現行法の解釈・運用として妥当なものであろうか。この問題の判断は、単に精神病離婚制度の理論的枠だけで完結できるものではなく、わが国離婚法の総合的・整合的運用の中で判断されなければならない。すなわち、その他一項

一号と三号の運用における二項の担っている機能および運用状況との関連、一項五号との関連、さらに離婚給付制度の運用状況（特に、民法七六八条における離婚後扶養）との関連も重要な要素となろう。さらに、かかる判例法理形成の要因となったと思われる婚姻観^{II}離婚観、精神医療の状況および社会保障の不備などの社会的背景とそれらの状況変化の考察の必要性は言うまでもない。

本論は、こうした精神病離婚判例法理の再検討の視点をもつものの、紙幅および筆者の能力の制約から、その一部基礎作業の覚書となったことをおことわりしておく。

(1) 泉久雄「精神病離婚」家族法大系Ⅲ離婚（昭三四）一六六頁。

(2) かかる精神病離婚を破綻主義離婚法の基本的構造の中に位置づけることについては、判例・学説ともに、ほぼ異論のないところである。

かかる精神病離婚の理解を根本的に否定する見解は、唯一、沼正也教授の見解である。教授は、近代法の法論理学的体系把握から、離婚法における破綻主義は相互の意思的對抗関係を前提とした「条件」の世界での所産であり、精神病離婚の法的認容は、これとは次元を異にする「無条件」^{II}「保護法」の世界の所産であるとされ、その無条件の世界においても極度の相互扶助の強要をあまりにも残酷なものであるとして、それによる拘束から解決しようという段階で登場してきたのが精神病離婚の法的許容であったとされる（沼正也「近代家族法の論理構造の中での精神病離婚原因」松山商大論集一七巻六号二六七頁以下参照）。

しかし、少なくとも精神病離婚法上の位置づけに関する限り、破綻主義離婚原因法と異次元に位置づけようとするかかる見解は、現行民法七七〇条の規定の構成法を眼下におき、離婚法の歴史的発展過程の中で理解されるならば、無条件には支持しえないものがある。

(3) 泉久雄（島津一郎編）注釈民法四二七五頁、中川善之助『親族的法』（昭三七）二一九六頁参照。

(4) 最判昭和三三年七月二五日民集一二巻二二号一八二三頁。

(5) 最判昭和三六年四月二五日民集一五巻四号八九一頁、同昭和四五年三月一二日判例時報五九三号四一頁。さらに、最判昭和四五年一月二四日民集二四巻一二号一九四三頁は、結論こそ最高裁として初めて精神病離婚を認容したものの、その基本的立場を変更したものではない。

(6) 浦本寛雄「精神病離婚」現代家族法大系2（婚姻・離婚）（昭五五）一六四頁。

二 判例法理の形成と意義

まずは、精神病離婚についての判例の流れを概観することによって、判例の理論構成を確認し、わが国破綻主義離婚法のなかにあつて、そうした法理を形成し、それを支える精神病離婚をめぐる判断要因・背景、およびにそれに基礎づけられた解釈理論を明らかにすることからはじめる。そして、それに真正面から対立を示す従来の学説を概観し、その争点を明らかにしたい。

(一) 判例法理の形成

精神病を離婚原因とする離婚請求に対する最高裁としてのかかる最初の判例が示されるに至ったのは、昭和三三年七月二五日の判決である。⁽¹⁾ 本件については、以後の精神病離婚判例の先例をなしたものであるので、多少長くなるが事実審に遡って概観することにした。

X男とY女は昭和一三年に結婚して二男一女をもうけたが、Yは生母が死亡した昭和一四年頃から精神異常の徴候が現われ、同二〇年一月には精神異常的発作を起こし入院、うつ病と診断された。その後毎年発作を繰り返す、特に同二三年四月ごろ病状が亢進し、子女の養育はもとより、Xの歯科医業にも差し支えるので、Yの近親者とも協議の上、同二三年六月に精神病院に入院（精神分裂症と診断）させ、以来引き続き治療を受けており、Yの精神分裂症は治癒の見込みがないと診断されている。XはYを相手方、Yの兄A（Y補助参加人）を利害関係人として離婚等の調停の申立をしたが不調に終り、民法七七〇条一項四号により本訴に及んだものである。

第一審裁判所は、⁽²⁾ 本事案をもって「回復の見込のない強度の精神病」にあたると判断した。さらに、Y及びY補助参加人が、(イ)離婚によりYが復帰すべき実家にはYの扶養・療養をなす能力なく、また他に扶養能力ある扶養義務者なきこと、(ロ)本訴請求が許されるとすれば、Xは法律上Yとは路傍の人となるに反し、Y補助参加人は精神衛生法(二一〇・一二三条)による保護義務者として重大な義務を負うこと、(ハ)本訴はYの禁治産の宣告を求めず特別代理人を選任して応訴せしめられているが、このまま離婚が認められるとすれば、YのXに対する財産分与請求権の行使に欠くることになり、少なくとも時期を失する慮れがあること、を「婚姻の継続を相当とする事情」として掲げ、七七〇条二項の適用を主張したのに対しても、

「……本件のような特殊事情の存する離婚については、その事情に鑑み、夫であったXは離婚に際し妻であったYに対しその申立により相当の財産分与の請求に応ずべきものとするを妥当とすべく、而も開業歯科医としての収入の外さして資産の見るべきものなきXとしては、毎月の収入のうちから相当額の金額を継続して分与する方法

によりその義務を履行することとなるべきを以て、この意味においてXはYに対し離婚後何等の責任なき路傍の人となるものとはいえ難く、更に又Yが財産分与請求権を行使するには、禁治産の宣告を受けてからにしなければならぬから財産分与請求権の行使に欠くところがあるか若しくはすくなくとも時期を失することがないかとの点については、……その準備と申立時期の如何により、比較的短期間にその効果を取めることもできない訳ではなく、Yの離婚後の入院療養費につきY補助参加人において保護義務者としてその支出の責を負うに至るとしても国家公務員共済組合法によりその費用の半額の支払を免れ得る外Yが財産分与を受けるに至ればそれだけ負担額の減少を見る次第であり斯くして実質的にY補助参加人の負担支出すべき費用はあるとしてもその額は極めて僅少となるべく斯る費用をY補助参加人において時にその実弟Bの協力を得て負担支出することは右兩名の資産収入信用その他諸般の事情に鑑み必ずしも不可能でない」として、退けている。

すなわち、第一審判決は、Xの窮状とY側の負担を比較衡量しながら、Xが相当の財産分与に応ずべきこと、健康保険によってY側の負担が実質的に僅少なることを理由として七七〇条二項の適用を排斥した。第二審も、⁽³⁾ また同旨の判断からXの離婚請求を認容した。

しかし、最高裁は、Xの離婚請求を認めた原審判決を破棄差戻した。本件上告理由は、主として訴訟手続に関するものであったために判決もその点に多くをさいて論じているが、加えて七七〇条一項四号と二項の法意について説示しており、ここではさしあたり後者、精神病離婚認否の実体法的解釈法理についてのみ取扱っておく。すなわち、

「民法七七〇条は、あらたに『配偶者が強度の精神病にかかり回復の見込がないとき』を裁判上離婚請求の一事

由としたけれども、同条二項は、右事由があるときでも裁判所は一切の事情を考慮して婚姻の継続を相当と認めるときは離婚の請求を棄却することができる旨を規定しているのであって、民法は単に夫婦の一方が不治の精神病にかかった一事をもって直ちに離婚の訴訟を理由ありとするものと解すべきでなく、たとえかかる場合においても、諸般の事情を考慮し、病者の今後の療養、生活等についてできるかぎりの具体的方途を講じ、ある程度において前途にその方途の見込のついた上でなければ、ただちに婚姻関係を廃絶することを不相当と認めて、離婚の請求は許さない法意であると解すべきである。」と判示した。

すなわち、本判決は精神病離婚の要件として、七七〇条一項四号に規定する「強度の精神病」にかかり、かつ「回復の見込がない」ことの充足のみでは足りず、さらに、「具体的方途の必要性」なる離婚障害事由を課し、離婚認容の第三の實質的要件を付加する構成をとった。そして、その根拠として七七〇条二項に求め、破綻主義離婚の典型たる精神病離婚の認容に対する一つのチェック機能を与えたのである。本判決のかかる基本的理論構成は、その後の最高裁判所（最判昭和三六年四月二五日民集一五卷四号八九一頁、同昭和四五年三月二二日判例時報五九三号四一頁）においても繰り返し踏襲され、定着した判例法理となっている。

また、最高裁は昭和四五年一月二四日判決⁽⁴⁾に至って、初めて精神病離婚を認容しているが、ここにおいても、その基本的理論構成を崩すものではなく、「具体的方途」要件の具体的判断として、①「妻の実家は……療養費に事欠くような資産状態ではない」という離婚後の受け入れ側（妻の父Ⅱ後見人）の事情と、他方、②夫には十分な療養費を支弁する余裕がないにもかかわらず、妻の父と過去の療養費分割支払の示談をして全額完済し、③さらに「将来の

療養費について……裁判所の試みた和解において、自己の資力で可能な範囲の支払をなす意思のあることを表明」したることを認定・評価し、二項により離婚請求を棄却すべき場合にはあたらないとして離婚請求を認めたものである。したがって、今日なお、前記最高裁昭和三三年判決は精神病離婚判例法における重要な先例的意義を失っていない。

- (1) 民集一二卷一二号一八二三頁。本件の判例批評として、有泉亭・判例評論一五号一二頁、泉久雄・専大論集二二号一〇〇頁、長谷部茂吉・ジュリスト一六一号三二頁、山木戸克己・民商法雑誌四〇卷三号四八四頁、我妻栄・私法学論集（民商創刊二五周年記念）上巻一頁、砂川恵伸・家族法判例百選（別冊ジュリスト・第三版）六〇頁、久留都茂子・家族法判例百選（別冊ジュリスト）六〇頁、山口純夫・法学セミナー二四七号二一六頁等がある。
- (2) 前橋地裁高崎支判昭和二六年三月二三日民集一二卷一二号一八三二頁。
- (3) 東京高判昭和二八年一月二八日民集一二卷一二号一八四四頁。
- (4) 最判昭和四五年一月二四日民集二四卷一二号一九四三頁。

なお、本判決についても、多くの判例批評がなされており、その評価をめぐっても、(1)この程度の事情で離婚が容認されるのであれば、昭和三三年判決でも認めたはずであるから、最高裁は本件に至ってようやく破綻主義という立法趣旨を理解し始めてきたことが読みとれる、と評価する見解（高野竹三郎「精神病離婚の成立」ジュリスト昭和四五年度重要判例解説六八頁等）と、他方、(2)最高裁が「具体的方途」という抽象的命題の具体化、つまり、積極的一範型を示したものとみる見解（明山和夫「精神病と離婚事由」ジュリスト四七二号一二頁、山口純夫「精神病離婚の成否」法学セミナー二四七号一九頁）とが分かれている。ともあれ、基本的理論構成を踏襲しながらも、「具体的方途」要件の実益への疑問、または二項による制限理論の安易な適用への反省がうかがえる判決といえるが、それを超えて従来最高裁自体の實質的態度の変更と断定するには疑問である。また、本件解説として、鈴木重信・法曹時報二三卷六号一六二頁があり参照。

(二) 判例法理の実質的意義とその批判

わが国における精神病離婚は、戦後の民法改正において、新設された民法七七〇条一項四号に具体的離婚原因として明文化されたにもかかわらず、前項にみた如く、最高裁は必ずしも積極的運用態度を示していない。そこに示された判例法理は、法解釈形式として、民法七七〇条一項四号に規定する精神病離婚に同条二項の積極的適用により新たな実質的要件を付加する構成であったが、かかる法理を形成するに至った実質的根底には精神病配偶者の離婚後の療養および生活保障に対する考慮に重点を置いたためであり、しかも、それを民法、特に当事者的・私的扶養法の中に閉鎖的に取り込む構成としたためであったと理解できる。

これに対し、多くの学説は極めて厳しい批判をむけてきた。それは、判例の基盤に潜在しているところの精神病離婚そのものに対する思想的・基本的態度への批判、および法解釈論的には民法七七〇条一項四号と同条二項との関係の解釈への批判として集中している。

問題の実質的検討は後述することにして、ここでは、これまで判例理論にむけられた具体的批判と賛否両説の理論的な整理をし、⁽¹⁾考察の視点を指摘しておく。

(1) 精神病離婚それ自体の評価 判例および一部の賛成説と批判的学説との間には、そもそも民法七七〇条一項に具体的離婚原因として明文化された精神病離婚それ自体に対する評価について、基本的な婚姻Ⅱ離婚観の違いが存在している。

判例および賛成説は、「そもそも精神病離婚なるものは、単に道義上のみならず、法律的に観察して婚姻の本質に反するものである」。婚姻の本質は、法律上、一身体、夫婦間相互扶助の関係（民法七五二条）にたつところの終生の契約であり、「配偶者が不治の病にかかったときは最も扶助を必要とするときである。最も扶助を必要とするときに婚姻関係を絶つがときは、婚姻の本質上許されるべきことではない」という基本的には⁽²⁾「⁽³⁾「法律が婚姻を保護するのは夫婦が婚姻分業を十分に果しうる能力を有することを前提としているのである」から、「配偶者の一方が精神病のために分業上の役割を果す能力を失い、他方の配偶者にとって、婚姻が耐えがたい価値のない拘束となってしまう以上、その婚姻はもはや法律の承認をうけるに値しないといわなければならない」⁽⁴⁾。したがって、かかる不治の精神病を離婚原因とすることは当然のことであるという基本的立場にたつのである。そこで、かかる立場からは、判例の精神病離婚に対する基本的姿勢への批判として、⁽⁵⁾最高裁は新法が新たに採用した離婚原因としての破綻主義の意義を理解せず、精神病離婚を極端に困難な方向に押し進めるものとして、その立法趣旨に対する「無理解を露呈した」、また、「家庭倫理のあるべき姿を前提として、裁判官の主観的倫理観により、妻の精神病を夫は忍従すべしとされたきらいがある」⁽⁶⁾とか、「多分に精神病を離婚原因とする民法の規定を不当とする思想的背景に立つ」⁽⁷⁾かのような等々、極めて厳しいものがある。

これらの当否を解釈論として検討するにあたっては、わが国精神病離婚法の史的系譜、およびそこから現行離婚法における七七〇条一項四号の位置づけ、立法趣旨の考察を前提としなければならないだろう。

(2) 「具体的方途」論導入の根拠と民法七七〇条二項の趣旨 次に、右のような精神病離婚に対する基本的な態

度の違いが、精神病離婚の具体的取扱い、および解釈上の差異をもたらすことになる。

すなわち、判例および賛成説の如く、精神病離婚をして、道義上のみならず法律上も婚姻の本質に反するものと解する立場からは、精神病離婚はあくまで例外として許すことになり、そこでは、夫婦は終生にわたり相互扶助義務を尽さなければならないという婚姻の道義的論理を、精神病配偶者の療養、生活保障について「具体的方途」を講ずべきであるという解釈論の展開によってこれを貫徹し、「婚姻の本質」を維持しようとすることになる訳である⁽⁸⁾。しかも、その論理からすれば、「具体的方途」なるものは、離婚の認容を前提とした離婚後扶養という財産的離婚給付の問題ではなくして、離婚原因存否の判断レベルでの、いわゆる離婚請求認容の實質的要件であることを意味する。そして、その条文上の根拠を七七〇条二項に求め、「二項は、すでに破綻という状態が現出した上で、それでも、なおかつ婚姻の継続を相当と認めるべき事情があるときは離婚を許さないとする規定である⁽⁹⁾」と解している。また、同条二項として、實質的には西ドイツ⁽¹⁰⁾、イギリスなどにみられる、いわゆる離婚法における苛酷条項と理解し、精神病離婚において精神病配偶者の離婚後の生活療養について具体的方途を講ぜず離婚を認めることは、精神病配偶者に苛酷を強いる不当な結果をもたらすと主張する⁽¹²⁾。

他方、この点に関しても、不治の精神病を破綻主義離婚原因の典型として位置づける反対説の多くは、当然これを批判することになる。七七〇条二項は、明治民法八一三条ないし八一八条（一方配偶者の行為に対する同意、宥怒など）の代替規定として、いわば「新法のとった相対的離婚原因主義の立場を明瞭にするために、具体的に定められた一項の一号ないし四号に柔軟性を与えたもの」であり、「具体的に定められた事実そのものがあると認められても、

これを緩和する事情が別に存在すれば離婚を認めない、というだけの消極的な——阻却事由的な——意味しかない⁽¹³⁾と理解すべきものとする。判例が二項の解釈から導き出した「具体的方途」がそれ以上のことを意味するものならば、「七七〇条一項四号はほとんど空文になってしまふ⁽¹⁴⁾」し、「裁判所においてかかる具体策を講じたとしても、これを強制する方法がなく、それは畢竟単なる机上の方策に終るだけである⁽¹⁵⁾」として、その實質的非有効性を指摘している。

ここにおいては、わが国離婚法における精神病離婚を正確に位置づけながら、理論的問題として、七七〇条一項四号と同条二項との関係が解明され、二項による制限の限度が検討されなければならない。それは、最高裁判例が精神病離婚判例法理を構成するにあたって、同条二項に一項四号を空文化させるほどの極めて積極的内容をもち込み、實質的な意味での離婚要件的機能を与えているが、はたして解釈論上妥当なものか。不治の精神病以外の具体的離婚原因（七七〇条一項一号ないし三号）に基づく離婚請求に対する二項適用の判例上の扱いとの比較から、さらには、同条五号の抽象的離婚原因の内部的制限理論（有責配偶者の離婚請求に対する制限）の判例の推移との関連からも考察することが必要であると考ええる。破綻主義離婚法としての七七〇条全体の解釈・運用上の均衡も必要と考えるからである。

(3) 「具体的方途」の意味 右にみてきたように、学説の多くは最高裁判例の基本的理論構成自体を批判してきた訳であるが、最高裁は前記昭和三三年判決以来、その理論構成を崩さず、しかもそこに言う「具体的方途」なるものが實際何を要求するものであるかについても必ずしも判然としないこともあって、その後数度にわたる最高裁判決

およびその間の下級審判決においても、精神病配偶者の離婚後の生活・療養につきいかなる「具体的方途」がとられているかが問題の焦点となって展開されてきた。そこでは、判決理由の中に「具体的方途」は何かを摘記する態度をとるものが多く、たとえば、「被告が離婚後も社会保護施設を利用してその費用は国の負担で引続き入院加療を受けられる見込がある」こと、⁽¹⁶⁾「できるかぎり財産分与をする用意が」あり、かつ一部公費負担による「社会福祉的措置により入院して療養看護を継続」しうることが期待できること、⁽¹⁷⁾または夫が離婚後一〇年間妻の入院治療を負担かつ一時金を支払う決意であること等をもって離婚を認容している。さらには、「具体的方途」をして離婚判決と同時に財産分与を主文で命ずる裁判を得ることであると解する下級審もみられる。⁽¹⁹⁾このほか、「原告は被告と離婚後は被告を原告の養女として入籍し、被告の将来の療養および生活のために、原告としてできる限りの措置を講ずる所存である」⁽²⁰⁾ことを挙げて離婚を認めるといふ、最高裁判例の要求する要件に副おうとするあまり、いささか無理を犯したと思われるものさえ見られる。

この点については、学説の一部にも、「具体的方途」の意味するところは、精神病離婚に限っては離婚請求の認否の際に財産分与についても一体的に解決し財産分与額などを決定しなければならない趣旨であると解するものがある。⁽²¹⁾しかし、反対説は、「もちろん、精神病配偶者の離婚後の生活療養についてある程度の見通しをもった上で離婚を許すべきだとすることは精神病離婚法の当然の要請といつてよいが、現行法はこの問題を財産分与制度の活用にゆだねている」⁽²²⁾との理論的理解に立って、離婚原因の存否という問題と精神病配偶者の離婚後の財産的保護という問題を分離して考えるべきものと主張する。⁽²³⁾したがって、この立場においては、「具体的方途」はまさに財産分与を意味

することになり、民法七六八条で扱うべき問題であるとする。そして、離婚請求者が精神病配偶者の離婚後の生活療養につき「具体的方途」を講じなければ離婚は許さないという判例法理⁽²⁴⁾「財産給付をしなければ離婚を認めない」とする法理は、「それはまたすべての領域を金で支配する思想の現われてあって、婚姻の倫理性を害するばかりでなく、貧乏人から離婚の自由を奪うことにもなりかねない」⁽²⁴⁾。

しかし、一方かかる批判に対しても「十分な社会保障の制度もなく、扶養に関する特別の規定もない我国の現状において、今後の生活療養について何のめども立たないまま離婚することは、病者に対する苛酷な措置」⁽²⁵⁾であり、法の正義衡平の観念にも反する⁽²⁶⁾と反論する見解もある。前記最高裁昭和三三年判決が形成された実質的要因として、右のようなわが国の社会保障の現状認識、および新設されて問もない当時の民法七六八条財産分与規定の「離婚後扶養」の解釈論的理解が判例・学説とも熟していなかったこともあって、精神病配偶者の離婚後の保護の一切を七六八条の運用に委ね切れなかった事情もうかがえる。⁽²⁷⁾

不治の精神病の療養・生活の保障問題は、本来、私的扶養という個人的な問題というよりも国家による社会保障の問題であり、民法上離婚後扶養を他方配偶者に課すること自体の背景には国家財政的観点からの立法政策的配慮があることは明らかである。⁽²⁸⁾そして、その社会保障の施策に乏しいわが国の現状における右の両説の議論も、本来、離婚法——民法の解釈論を超えたところにあると言わなければならない。

(1) 稲田龍樹「精神病離婚の判例」(ケース研究一四九号、特に四五～四六頁)は判例への賛否両説の骨子を簡潔に整理されており、参照。

- (2) 藤田八郎「精神病離婚に関する最高裁判所の判例について」ケース研究一四八号二二頁。藤田氏は、先の最判昭和三年判決に関与された裁判官の一人で、本論文は当該判決になされた批判に対して、個人的立場から弁明したものであり、当該判決を実質的に理解する文献として興味深い。以下においても、多くを参照させていただいた。
- (3) 泉久雄「精神病離婚」家族法大系Ⅲ(離婚)一七三頁。
- (4) 以下の批判は、具体的には前掲最判昭和三年七月二十五日に対してなされた批判である。
- (5) 内山尚三「離婚請求の棄却」家族法大系Ⅲ(離婚)一九三頁。
- (6) 泉久雄『注釈民法④』(島津一郎編)一七六頁。
- (7) 長谷部茂吉「精神病にかかった配偶者に対する離婚請求の方法」ジュリスト一六一号三二頁。
- (8) 右近健男「離婚扶養の根拠とその性質」大阪市立大法学雑誌一卷一号九四頁、稲田前掲論文四五頁参照。
- (9) 藤田・前掲論文一四八頁。
- (10) 西ドイツ一九四六年婚姻法四四、四七条。しかし、一九七六年の改正により積極的破綻主義に踏み切っており、その苛酷条項も極めて例外的な場合に限定され(同法一五六八条一項)、かつ経済的補償のできる場合には該当しないなど、かなり制限的に解されている。しかも、右苛酷条項に基づく異議も五年以上別居しているときは認められない(一五六八条二項)(野田愛子「離婚原因法と家事事件」鈴木・三ヶ月監修『新・実務民事訴訟講座』四七五頁参照)。
- (11) イギリス一九六九年離婚法改正法二条(e)、すなわち、五年別居の離婚阻却事由たる苛酷条項「重大な経済的苦難」及び「重大なその他の苦難」。湯沢雍彦他『世界の離婚―その風土と動向』(イギリス・三木妙子)一〇頁以下参照。
- (12) 中村武「離婚法改正の問題点とイギリス離婚法の発展」比較法(東洋大)一一号、藤田・前掲論文二三頁、稲田・前掲論文四六頁参照。
- (13) 我妻栄「離婚と裁判手続」『民法研究Ⅶ―2』一六〇頁以下所収)。
- (14) 泉久雄「精神病離婚」判例演習(親族相続法)〔増補版〕五九頁。
- (15) 長谷部・前掲論文三四頁。

- (16) 金沢地判昭和三六年五月一〇日下民集一二卷五号一一〇四頁。
- (17) 東京地判昭和三九年五月三〇日下民集一五卷五号一二七一頁。
- (18) 千葉地判昭和三八年四月二二日判例時報三五五号三八頁。
- (19) 大阪地裁堺支部判昭和三七年一〇月三〇日家裁月報一五卷四号六八頁、札幌地判昭和四四年七月一四日判例時報五七八号七四頁など。
- (20) 長崎地判昭和四二年九月五日判例時報五〇四号八一頁。
- (21) 渡瀬勲「精神病離婚」(中川淳編『判例親族法』)九五、九六頁、山本戸克己「人事訴訟手続法第四条の趣旨」民商法雑誌四〇卷三号一〇七頁参照。
- (22) 泉・前掲『判例演習〔増補版〕』論文五九頁。
- (23) 島津一郎「精神病を理由とする離婚が認められた事例」民商法雑誌六五卷四号一六二頁参照。
- (24) 島津・前掲論文一六二頁。
- (25) 藤田・前掲論文二三頁。
- (26) 明山和夫「精神病と離婚事由」ジュリスト四七二号一一三頁。
- (27) この点は、これまで引用してきた藤田前掲論文において、前掲最判昭和三三年判決に一裁判官として直接にたざさわった著者が強調していることである(藤田・前掲論文、特に二三、三四頁参照)。
- (28) 木幡文徳「財産分与の考慮基準」専修法学論集二〇号一三〇、一三一頁、稲田・前掲論文五〇頁、右近・前掲論文一一二・一一三頁参照。

三 わが国離婚法における精神病離婚の位置づけ

これまでの考察から、今日のわが国における精神病離婚をめぐる判例と学説との対立は極めて顕著に、かつ固定化

した状況に置かれていたことを知る。かかる状況の一端を克服するための再検討を試みるためには、ひとえにわが国離婚法における精神病離婚の正確な位置づけを前提にしてなされなければならない。

これまで「不治の精神病」を具体的離婚原因の一つとして明文化した民法七七〇条一項四号は、基本的には破綻主義離婚原因たる一般的な性格づけの中で、一方(多数説)では積極的に、他方(判例)では消極的に(ある意味では有責主義的色彩をおびて)⁽¹⁾理解されている。両者の相違は、先に考察したように基本的には法的婚姻⁽²⁾離婚観の差に基づくところが大きいと言える。しかしまた、それを解釈論的前提としてのレベルでみれば、わが国の精神病離婚法成立の歴史的過程において具体的離婚原因として明文化されるに至った現行民法七七〇条一項四号自体の位置づけ、その認識・法的評価の発現とみることができる。この点に関し、学説の多くは、泉久雄教授の記述にみられるように、「新法の制定にあたっては、初めから精神病離婚を宣言する立場がとられていた(傍点⁽³⁾筆者)」と認識・評価されておられるようであり、他方、判例法理形成の担い手の一人であった当時の最高裁判事藤田八郎氏によれば、「立法の沿革から考えると、わが国精神病離婚の立法は、時期尚早といわぬまでも、審議不尽の憾を免れないのではなかったか。当時、新しい憲法の施行直後において、早急に民法を新憲法の理念に適合するように改正の必要に迫られていた時であり、占領下の諸般の事情から見て、割合に安易にこの条文が制定されたこと」、「……当時これを明文化すべき社会上の基盤の不十分な上に成文の不備ということも免れないのではなからうか。」⁽³⁾との認識・評価が前提とされている。これら両者のわが国精神病離婚法の歴史的流れの中で現行法規定の位置づけ、認識・評価の相違も、その具体的解釈論の展開に影響を及ぼしているとも考えられるので、ここでは、わが国における精神病離婚法の史的系譜を明治民法制定以前の精神病離婚の行政上の取扱いから現行民法七七〇条一項四号に具体的離婚原因として明文化されるに至った経過とそこでの議論を考察し、本条項に結実された実質的意図を明確にすることにしたい。すでにかかる精神病離婚法の史的系譜を論ずる先覚の業績があり、特に近時の浦本寛雄教授の論稿は本稿の対象としたほどの資料を駆使された詳細な検討がなされており、本稿が付加する資料を持たないが、その事実に対する評価の点で若干の相違が存することから、繰返し論ずることをお許し願いたい。

(1) 先にみたように、一方配偶者の精神病により婚姻関係が完全に破綻しても、離婚請求者が精神病配偶者の離婚後の生活療養につき「具体的方途」を講じなければ(⁽⁴⁾財産給付をしなければ)離婚を認めないという判例法理は、ある意味では有責主義的発現であると評するのは過言であろうか。同旨⁽⁵⁾島津・前掲判批一六二頁参照。

(2) 泉・前掲論文(『家族法大系』所収)一七二頁。なお、この記述は、我妻栄編『戦後における民法改正の経過』一四六頁の対談を素材としたことを註書しているので、参考までにその部分を引用しておく。

「中川 それよりも、精神病離婚を入れると盛んにいったのじゃなかったでしたかね。」

小沢 それは向うからいつてきたのです。

奥野 アメリカでは必ずいつもこういうことですな。

中川 これは、われわれは当然この五号に入れるように考えていたんです。

小沢 現行法の二号・三号との関係か何かで、それを特に抜き出すくらいだったら、精神病はなお抜き出す必要がもっと強いじゃないかということを向うはいつていたのです。そうして、その理由ももっともなことでもあったのです。それに原案の二号・三号をおとすと離婚原因の例示が少なくなるが、一方五号が加わると例示の数も多い方がよいので、この点は問題にできなかったのです。

中川 だから、われわれも初めから精神病離婚を認めるつもりでいたのだから、では入れようということにしたわけ

す。」(傍点ニ筆者)

(3) 藤田・前掲論文一九頁。

(4) わが国における精神病離婚法の史的考察をなす文献および資料は、比較法的視点からなされた穂積重遠「精神病離婚」法学協会雑誌四二巻五号一〇八五頁以下、同「精神病離婚原因論」(『家族制度全集史論篇Ⅱ』所収)一二九頁以下があるほか、泉・前掲論文(『家族法大系Ⅲ』所収)一六九頁以下、沼・前掲論文二六七頁以下、堀内節Ⅱ加藤美穂子「明治前期における離婚法」(青山道夫他編『講座家族4』所収)二四二頁、外岡茂十郎編『明治前期家族法資料』堀内節編『明治前期身分法大全』、同『家事審判制度の研究』、同『統家事審判制度の研究』などがある。

(5) 浦本寛雄「精神病離婚」(『現代家族法大系2』所収)一六三頁以下。

(一) わが国精神病離婚法の沿革

離婚法の史的展開Ⅱ離婚原因拡大史にあって、離婚原因としての精神病の登場は、離婚法の体系が有責主義から破綻主義への移行を意味し、その分岐点をなすものであった。したがって、今日、精神病離婚制度をもつどこの国でも、その国の婚姻(離婚)制度のあり方をかけて大いなる論争の上で立法化されたものであり、かつわが国においてもその例外でなかったことは言うまでもない。

わが国において、精神病を理由とする離婚が立法上明確に承認されるに至ったのは、戦後の新憲法に基づく民法大改正によって、七七〇条一項四号に「配偶者が強度の精神病にかかり、回復の見込がないとき」が具体的離婚原因の一つとして新たに加えられるのを待たなければならなかったが、その史的系譜をたどれば、精神病離婚法の導入の動き、立法レベルでの議論がすでに明治民法の起草時に遡ることはよく知られている。⁽²⁾さらに、その沿革の考察を広

げれば、それ以前の行政上の「願出離婚」および「届出離婚」の取扱いの中では、すでに精神病離婚が認められていることが確認されている。⁽³⁾以下、これらについて年代を追って検討する。

(1) 明治民法制定以前の精神病離婚に関する行政上の取扱い 明治民法制定以前、明治初年当時における離婚は、明治四年の戸籍法の公布によって戸籍に登録しないうちはその効力がないものとされて以来、離婚の形式は、「裁判離婚」のほか、行政上のいわゆる「願出離婚」および「届出離婚」⁽⁴⁾によってなされていた。その「願出離婚」および「届出離婚」の取扱いに関する内務省および司法省指令の中に、精神病離婚を認める先例がみられる。

〔先例①〕 第一は、「爰ニ夫妻アリ。其夫発狂、人事ヲ弁ゼザルコト数年窮困日ニ迫リ、到底一家維持難相成、不得止親族熟議其妻ハ離婚実家ニ差帰シ、該発狂者ハ親戚へ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、固ヨリ人事ヲ弁ゼザル発狂者、其手続ヲ為スヲ得ズ。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、夫ノ承諾ヲ要セズ聞届可然哉。」との明治一一年二月四日の島根県伺に対する同年一月二三日の内務省指令であり、内務省は「書面伺ノ通」と全面的に認めている。⁽⁵⁾

すなわち、夫が発狂して人事を解しないことが数年続き、「窮困日ニ迫リ」、「一家維持難相成」、「一家浮沈ニモ関スル」などの事情、他方発狂者を「引取看護」する者ある場合、「親族熟議」のうへ「双方親族連署」による願出がなされたときは、行政庁において聞届けてよいとしたものである。

〔先例②〕 第二は、「夫発狂後数年間治療ヲ加フルト雖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、生家へ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。」との、明治二五年三月九日の埼玉県よりの照会に対し、内務省は同月一二日、「……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」と回答している。⁽⁶⁾

〔先例③〕 また、次の明治三〇年二月六日の香川県知事伺に対する同年三月一三日の内務・司法省両大臣指令によれば、それまで「願出離婚」において認められていなかったと思われる、戸主の発狂を理由とする妻からの願出さえも認められていることが注目される。すなわち、香川県知事伺は、

「爰ニ母妻並ニ長女実弟ヲ有スル発狂ノ戸主アリ一家整理ノ日途難相立故ヲ以テ親族協議ノ上現戸主ヲ退隠ヤシメ一女子ヲ携帯其妻ヲ生家へ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千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聞届可然哉」

とするものであり、内務・司法省両大臣指令は、「本年二月六日付発三第四七号伺一女子ヲ措キ実弟へ相続ノ儀伺ノ通」として、精神病配偶者が戸主である場合で、しかも経済的余裕ある場合でも、「双方親族連署」を要件として妻からの「願出離婚」が認められている。

さらに、精神病者が戸主でないことを前提とするものではあるが、「先例③」に先だって、

〔先例④〕 夫が「癲狂病」に罹って意思表示が不可能で、「双方ノ親族熟議ノ上」である場合は、その離婚請求手

続もこれまでの如き「願出」によらずとも、行政庁への「届出」をもって足りるとする先例も現われている。明治二六年三月一日の青森県照会「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」に対する、同月一八日の民刑局長回答「御見解ノ通ニテ差支ナキ義ト思考ス」⁽⁸⁾がそれである。

以上、これら明治民法制定以前における精神病離婚に関する行政上の取扱いの先例から次の点が要約することができる。⁽⁹⁾それは、①すくなくとも戸主でない夫が精神病の場合については、明治のかなり早い時期から精神病離婚が容認されていたこと、②その離婚手続も、当初は行政庁への願出とその聞届（＝許可）を要するものとされていたが、明治二六年の「先例④」に至っては届出→受理という手続で足りるとされたこと、③さらに、明治三〇年「先例③」には、戸主についても認められたこと（但し、「願出離婚」によるとされ、「届出離婚」としての先例はない）、④そして、これら「願出」、「届出」には、必らず「親族双方連署」を要件としていたこと、⁽¹⁰⁾などである。

⑤なお、ここに認められた精神病がいかなる程度のもを要件とされたかは必ずしも明らかではないが、「其夫発狂人事ヲ弁セサルコト数年」（「先例①」）、「其意思ノ表明ヲ得ルコト能ハサル」（「先例④」）、または「夫発狂後数年間治療ヲ加フルト雖モ今以テ更ニ其効ナク」（「先例②」）などの文言からみれば、意思能力なきほどの精神病で、かつ回復の見込みのないことを要したものと解され、現行法（民法七七〇条一項四号）とほぼ同様な要件と理解することができよう。

⑥また、要約④に挙げたように、願出・届出離婚の区別なく、「親族双方連署」を形式的要件とされているが、か

かる要件の実質的意味は、精神病患者の離婚後の生活保障を病者の親族（「家」）に確保させ（先例①）の如きは、「該発狂者ハ親戚へ引取看護セントス」ことを明記している）、かつ健康配偶者たる妻を実家が受け入れることを承諾させるという双方の「家」的調整を図ることによって離婚を認める趣旨と解することができる。⁽¹¹⁾この点、精神病配偶者の離婚後の生活保障は、当時の「家」制度下においては、「家」がその機能を担うべきものとされ、しかも現実にもそれを許す私的扶養機能を持っていたという社会的背景が、行政上の精神病離婚を比較的簡易に容認していた要素になつていたとも解することができる。この点、今日の問題状況と異なることに注意しなければならない。

なお、浦本教授は、さらに当時夫からの極めて広い範囲での専権的離婚が認められていた中であつて、これら妻からの夫の精神病を理由とする願出・届出離婚が容認されていたことを、特に「健康な妻の利益保護という趣旨を有した」として積極的に評価されているが、⁽¹²⁾それほどまでの積極的評価が妥当であろうか。たとえば、「先例③」にみられる強度の精神病の戸主との願出離婚の容認の如きは、容認の主たる目的が、「発狂ノ戸主ヲ退、隠サセテ該家ヲ弟ニ相続サセ」ること、すなわち当該「家」の存続維持が第一義的目的で、そのための願出離婚の容認と解すべきではなからうか。その他、「家」の維持目的との調整から、その結果として、「健康な妻が不毛な婚姻法上の拘束から解放される道が開かれていた」との理解・評価が妥当ではなからうか。

(2) 明治民法起草時（法典調査会）における精神病離婚 明治期における精神病離婚は、右に考察したように、行政上の取扱いにおいて、「家」の維持目的、ないしは双方配偶者の「家」的利害の調整の結果ではあつたにしても、夫の精神病によって精神的・経済的に荒廃した不毛な婚姻法上の拘束から、健康な妻が解放される道が開かれてき

たものの、立法的形式においては実現をみず、明治民法に精神病離婚に関する規定は置かれなかつた。それによつて先の行政上の先例も廃棄されたことは言うまでもない。しかし、その明治民法典の編纂過程においては、精神病離婚の民法への導入をめぐる賛否の激論がたたかわされ、特に明治二九年一月八日の第一四九回法典調査会での議論は有名であり、注目に値する。⁽¹³⁾

起草委員の手による原案には、八二三条六号として「配偶者が婚姻中三年間心神ヲ喪失シ本心ニ復スル望ナキト」が離婚原因の一つとして加えられており、富井政章委員によつてこの規定の趣旨を次のように説明された。

「第六号ハ瑞〔西〕ノ千八百七十四年ノ婚姻法並ニ独乙民法第二読会草案ニ依テ設ケタ規定デアリマス。……一面カラ言ヘバ斯ウ云フ原因ヲ設ケナイ方が宜シイトモ見ラルル。如何トナレバ、此場合ニハ配偶者ニ過失ハナイ、夫故ニ一方ハ尚ホ情ガ深く為ラナケレバナラス。サウ云フ場合ニ離婚ヲ請求スルコトガ出来ルト云フコトハ如何ニモ人情ニ悖ツタ事ヲ法律ガ奨励スルヤウニ為ル。……乍併又外ノ点カラ考ヘテ見ルト其者ノ配偶者ニ取ツテハ実ニ迷惑千万ナコトデアル。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ガ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スト云フコトハ如何ニモ不都合デアル。デサウ云フ場合ニ離婚ヲ請求スルヤウナ者ハ縦令ヒ離婚ヲ許シテナクトモ、薄情ナ者デアルカラ、決シテ良イ結果ヲ生ズルコトハナカラウト思ヒマス。其点ハ徳義問題ニシテ置テ如何ニモ困ルト云フ場合ニハ請求スルデアラウ、却テ情ケヲ持タネバナラスト云フ場合ニ離婚ヲ許サナイトシテ置テモ到底サウ云フ人間ハ仕方ガナイ、詰リ許シタ方が宜シイト考ヘマシタ。是ハ我邦ニ於テモ全ク例ノ無イコトデモアリマセヌ。」⁽¹⁴⁾

と、前掲の「先例①」の内務省指令を挙げて説明した。

しかし、これに対して長谷川喬委員は、夫婦一体の婚姻倫理を強調する立場から激しく反論し、同六号を削除すべく修正説を展開した。いわく、

「申スマデモナク夫婦ノ約束ハ所謂二世モ三世モ繋ケテ盟ヲ為ス訳ノモノデアリマス。……若シ精神上ノ交通ガ出来ナイト云フコトガ或ハ一方ノ悪意トカ過失トカニ因ツタモノナラバ、夫レハ又夫レニ対スル責任ヲ負フト云フカ、為メニ折角約束ヲシテモ其約束ヲ破ラナケレバナラヌト云フコトニ為ツテモ宜シイカモ知レマセヌガ、全ク病氣ノ為メニ精神上ノ交通ガ出来ヌ、単ニ精神上ノ交通ノ出来ヌコトガ他ノ一方ノ不愉快デアルガ為メニ離婚ヲシナケレバナラヌト云フコトデアレバ、譬ニ精神上ノ交通計リデハナイト思ヒマス。……譬ヘバ癱疾ニ為ルトカ或ハ非常ニ貧乏ニ為ルトカ云フヤウナ事モ初メノ約束ニ背クコトデアリマス。乍併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、……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德上ノ害ヲ来タシ、法律上ノ体面ニ於テモ、殊ニ日本ノ法律トシテハ甚ダ悪ルイ法律ト思ヒマス……」⁽¹⁵⁾と。

また、これに対し、梅謙次郎委員は起草委員の立場から反論した。

「……協議上ノ離婚ヲ許ス以上ハドウモ之ヲ許サヌト云フト殆ンド権衡ヲ得マイト思ヒマス。何ゼナラバ、長谷川君ト雖モ双方ガ嫌ヤニ為レバ夫レハ宜シイト云フコトデアリマスガ、……精神病デ以テ精神ガ錯乱シテ居ルト云フト意思ヲ発表スルコトガ出来マセス。……一方ノ者ハ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

ルコトガ出来ナイ、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。サウ云フ薄情ナ者ヲ附ケテ看病サセテ置クノハ却テ悪イ」⁽¹⁶⁾。

しかしまた、長谷川委員はさらに強硬に自説を貫徹させ、次のように主張した。

「乍併協議離婚ヲスルカラシテハ双方ニ己ムヲ得ヌ事ガアルカラシテ協議上ノ離婚ヲスルノデアリマス。唯ダ一方ノ意思ガ分ラス、分ラヌノニ法律ガ夫レヲ推測スルニハ及バナイト思ヒマス。……夫婦ニ為ツタトキ夫婦ト為ツタ以上ハ一方ガドノヤウニ零落シヤウトモ病氣ニ為ラウトモ其間ニ於テ互ニ相助ケ合ウト云フニハ全ク夫婦ヨリ外ニナイト思ヒマス。……然レバドウカシテ其夫婦ノ間ヲ継続サセルコトコソ法律ガ企望スル所デアル。然ルニ其反対ニ法律ガ是ハ別レル意思デアルト云フコトニ定メルノハ甚ダ不都合デアルト思ヒマス。……何分日本デハ亭主ガ零落シタトカ癱疾ニ為ツタトカ癲癩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ハナイ又見タコトモナイ」⁽¹⁷⁾。

このような法典調査会における各委員間の激しい議論の根底には、両者の婚姻・家族観の対立および法律観の基本的対立をみることができると。すなわち、富井・梅両起草委員は法律上の問題と道德（家族倫理）上の問題とを明確に区別さるべきだとする前提と、現実に変化しつつある家族秩序への対応から有責主義の枠を超えた精神病離婚の必要性、および協議離婚との権衡という法規定の整合性からこれを主張したのに対し、長谷川委員を代表とする削除説は、夫婦一体の婚姻倫理はまた法律もそうあらねばならないとし、かつ一貫した有責主義の立場から、そこに対立物として現れた精神病離婚をどうしても排除しなけりなかつた訳である⁽¹⁸⁾。

しかし、採決の結果は賛否同数となり、箕作麟祥議長の削除説への加担によって、原案八二三条六号の削除が決定したのである。その後、同調査会の整理会では再度この規定が復活され、同様の議論がなされたがここにおいても削除が決定され、明治民法に精神病離婚に関する規定をみることができなかったのである。また、それによって、それまで夫の精神病を理由とする妻からの離婚請求を認めていた先の行政上の先例も廃棄されたことは言うまでもない。

このように、明治民法の制定過程において、精神病離婚の導入が起草原案にもられながら排除されたことは、考察の如く当時支配的だった婚姻・家族観から根本的に否定された側面が強かったことは事実であり、しかも明治民法Ⅱ離婚法が体系として有責主義および限定的離婚原因主義を採用する立場にあったことによる理論的制約があったと思われるが、さらに、これほどまでに反対説の抵抗が強硬だったのは、その立法的導入形式、つまり精神病を個別的離婚原因として法律へ明文化することへの抵抗だったと理解することができないだろうか。少なくとも、かかる認識が、次に考察する臨時法制審議会における穂積重遠博士の精神病離婚導入構想の展開の基礎になったと解することができる。⁽¹⁹⁾

(3) 臨時法制審議会における穂積重遠博士の精神病離婚導入構想 明治民法の制定過程において精神病離婚の立法的導入が否定されて後、再びこれが立法論的に議論されたのは、大正八年七月に設置された臨時法制審議会（総裁・穂積重遠）が、「政府ハ民法ノ規定中我邦古来ノ淳風美俗ニ副ハサルモノアリト認ム之カ改正ノ要綱如何」との第一号諮問⁽²⁰⁾を受けてなした民法改正の作業過程においてであった。

まず、ここでの精神病離婚復活導入の方向は同審議会幹事であった穂積重遠博士によって示された。すなわち、大正八年九月一七日に博士によって提出された「諮問第一号ニ関スル調査要目私案」の第一三「離婚」の(四)には「配偶者ノ一方ノ重大ナル精神病ヲ以テ離婚原因トナスコトノ可否如何」⁽²¹⁾として、先の法典調査会におけると同様、精神病離婚に関する明文規定を設けることの提案がもられていた。しかし、諮問第一号小委員会における大正一二年五月一日及び二一日決議には、かかる明文規定はなく、第一五号「強制離婚ノ事由及子ノ監護」一の離婚原因の一つ(六)として「其他婚姻関係ヲ継続シ難キ重大ナル事情存スルトキ」が設けられている。⁽²²⁾かかる決議に至った諮問第一号小委員会での議論の内容は、それを明らかにする詳細な資料がなくさだかではないが、おそらく「淳風美俗」論者の猛反対を受けて明文化を断念し、さらに、大正八年一月五日に提出され「故奥田博士民法中改正意見要旨及諮問第一号ニ関スル調査要目（其一）」の第三九「裁判上ノ離婚ノ原因ヲ列挙スルノ制ヲ改メ又ハ列挙ト同時ニ夫婦間ノ和合ヲ維持シ共同生活ヲ為スノ不能ナル場合ニ於テ夫婦ノ一方ヨリ離婚ヲ請求スルコトヲ得シムル外離婚ノ原因ハ夫婦ニ付平等ニ之ヲ規定スルハ非ナリヤ（民法第八一三条）」⁽²³⁾に示された相対的離婚原因の規定様式を参考にして、淳風美俗論との抵触を巧みに緩和しながら、これに実質的に精神病離婚を包摂する方策をとったものと思われる。ともあれ、これが原案となって臨時法制審議会総会において繰り返して審議されたが、同第二六回総会（大正一四年五月一日）において、原案同文の通り（なお、花井卓蔵委員から「同居ニ堪ヘザル夫婦間ノ不和又ハ其他ノ原因ニ依リ婚姻関係ヲ継続シ難キ重大ナル事情存スルトキ」とする修正案が出されたが否決⁽²⁴⁾）の決議がなされ、かつ「民法親族編中改正ノ要綱」第一六「離婚ノ原因及子ノ監護」の一の(六)として、昭和二年一月二八日に発表されている。⁽²⁵⁾そして、その総会の審議において、立案者をしてかかる相対的離婚原因規定に精神病をも含むと考えられたものであることが明らか

かにされている。

まず、第二一回総会（大正一四年一月二一日）での花井卓蔵委員による、精神病は本項の範囲に入るか、との質問に対して、穂積重遠委員は「……小委員会及主査委員会ニ於テ、……精神病ノコトハ話ハ出タト思ツテ居リマスガ、外ノ悪疾ニ付テ細カナ御話ハ出来ナカツタヤウニ記憶致シマスガ、併シ斯ウ云フ規定ガ出来ル結果、サウ云フ所迄含メ得ルノデハナイカト私ハ考ヘテ居リマス」と、小委員会での議論および私見の一端を述べており、さらに、第二六回総会（同年五月一五日）の席上での穂積委員の次の説明はこれをより明確にしている。

「……又離婚原因ノ考ヘ方ハ、……ドツチモ悪イコトハナイケレドモ、ドウシテモ夫婦関係ガ好クイカヌ、又夫婦ノ一方ガ精神病ニ罹ツタ、ドウシテモ直サナケレバナラヌト云フノデ、非常ニ苦勞ヲシテ之ヲ看護シ之ニ尽ス。之ハ立派ナ夫、立派ナ妻デアラウガ、法律ヲ以テソレヲ強制スル訳ニモ往カナイ。サレバト云ツテ、夫婦ノ一方ガ精神病ニナツタ時ニ離婚スルコトヲ得、斯ウ書クノモ穩ヤカデナイ。サウ云フヤウナ訳デ、一方ニ悪イ行ヒヤ過失ガナクテモ入り得ル、ソレ等ヲ引括メテ『婚姻ヲ継続シ難イ重大ナル事情』ト云フコトデ纏メル……」。

ともかく、前述の如く、この穂積博士による精神病離婚原因と相対的離婚原因との合体という包括的立法様式によって、淳風美俗論者の強硬な反対をかわしながら、実質的な復活をなしとげたものであり、それ以後の立法過程においても反映せしめられたものである。⁽²⁹⁾そして、後の昭和一六年八月整理の「人事法案」（仮称）八九条一項六号にも「其ノ他婚姻ヲ継続シ難キ重大ナル事由存スルトキ」を規定した。⁽³⁰⁾しかし、かかる臨時法制審議会による「民法親族編中改正ノ要綱」も「人事法案」も遂に実現をみぬまま第二次大戦に突入し、したがって精神病離婚も戦前の民法改

正にもちこされることになったのである。

(4) 現行民法七七〇条一項四号の成立過程におけるGHQの関与 戦後の民法改正は、新憲法の本質、個人の尊厳、「両性の本質的平等」（憲法二四條）に従って全面的な改正を意図したものではあったが、その準備作業の段階においては大方、前記「民法親族編中改正ノ要綱」および「人事法案」が参照されたといわれ、⁽³¹⁾特に精神病離婚に關してはまさにそれを形式的に踏襲し、立案されている。すなわち、昭和二一年七月二〇日の堀内信之助・来栖三郎両幹事による「民法改正要綱案（幹事案）」B班案第六の一の五号に「其の他婚姻を継続し難き重大なる事由存するとき」を規定するのみで、精神病離婚の明文規定はみられていない。もちろん、起草委員は、この規定に精神病離婚を含むものと解していたのであるが、⁽³²⁾立法様式としては、それ以後昭和二二年三月の「民法の一部を改正する法律案」第六次案八一三条に至るまで、その態度は一貫していた。

このような戦前の「淳風美俗」なる国家的要請の制約の中で構想された、相対的離婚原因中に精神病離婚を内包せしめるという間接的認容構想を形式的に踏襲してきた立案者たちの消極的な方向を急転回せしめたのは、アメリカ軍総司令部（GHQ）の関与であった。⁽³³⁾⁽³⁴⁾すなわち、昭和二二年六月三日のGHQとわが司法省との会談において、GHQ側政治部係官ブレイクモア氏から、「『回復の見込のない精神病』も離婚原因として挙げるのがよいのではないか。」との意見が提示されたことによる。これに対し、司法省側は「そのような場合は第五号でカバーされると思ふ。特にそのことを明示しなかったのは、さような場合でも、情愛から婚姻生活をつづけることは美しいことであつて、何等さしつかえはなく、これに反して上述のようなことを明白に掲げることが、そのこと自体については別に反

対意見なのではないが、人情として忍びないという気持ちからである。」と説明したが、ブレークモア氏は、重ねて、「回復の見込のない精神病」というのは、事例として第二号、第三号などよりも明白な、しかも重大な事由ではないか。「上述のような場合は第五号に含まれると考えない判事が出て来る恐れが絶対ないというのなら格別、そうでなければ、それを掲げるのがよいと思う。」(傍点³⁵筆者)とだめを押している。これを受けた日本側が検討の結果これを容れ、同年六月一〇日の第一四回会談で総司令部側の同意を得た「民法改正案の改案(起草委員会案)」には、八一条一項四号として「配偶者強度ノ精神病ニ罹リ回復ノ見込ナキトキ」が新たに付加されていた。さらに、これが口語体表現に改められ、現行民法七七〇条一項一号「配偶者が強度の精神病にかかり、回復の見込がないとき」として結実されたのである。かかる精神病離婚が具体的離婚原因の一つとして明文化された背景・経過のもつ意味が、今日の運用にあたって重要な意義をもつと解する。

- (1) 詳しくは、泉久雄「精神病離婚」(『家族法大系Ⅲ』所収)一六六頁以下、穂積重遠「精神病離婚原因論」(『家族制度全集 史論篇Ⅱ』所収)一二九頁以下参照。
- (2) 泉・前掲論文一六九頁以下、太田武男「破綻主義」(中川善之助他編『家族問題と家族法Ⅲ』所収)二二七頁以下参照。
- (3) 堀内節「明治前期身分法大全(第二卷)」二七九、二八〇、二八五頁。なお、浦本寛雄「精神病離婚」(『現代家族法大系 2』所収)一六六頁以下、石井良助「明治初年の離婚法——離婚原因の研究」(同『日本婚姻法史』所収)四六八頁は、これらを資料として検討されている。
- (4) 詳しくは、石井・前掲論文四三二頁以下を参照。なお、明治六年五月二五日の太政官布告第一五二号によって、不十分ながらも初めて妻にも離婚を訴える権利が認められている。布告の全文は、「夫妻の際已ムヲ得ザルノ事故アリテ、其婦離婚ヲ請フト雖ドモ、夫之ヲ肯ンゼズ、之レガタメ、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、直ニ裁判所へ訴出不苦候事」の如くである。

- (5) 堀内編・前掲書二七九頁。
- (6) 堀内編・前掲書二七九、二八〇頁。
- (7) 堀内編・前掲書二八〇頁。
- (8) 堀内編・前掲書二八五頁。
- (9) 浦本前掲論文(一六九頁)は、本稿同先例を分折・整理されており参照。
- (10) なお、「先例④」だけは、「双方ノ親族熟議ノ上」とのみ記しているが、「親族双方連署」と同義にして、かつ書面上の「親族双方連署」を要する趣旨と解する。
- (11) 浦本・前掲論文一六九頁は同趣旨か(?)。
- (12) 浦本・前掲論文一六九頁。教授は、特に強調され、かつ、「この点は、これ以降の精神病離婚の展開を見通すうえで欠いてはならない視点であろう。」と指摘されている。
- (13) ここでの議論の詳細は、久貴忠彦「判例精神病離婚法」(太田武男編『現代の離婚問題』所収)二八一頁以下、浦本・前掲論文一七〇頁以下、泉・前掲論文一六九頁以下に再現されている。
なお、かかる論争は、当時の時代的背景を反映してか、法典調査会委員間の婚姻観・家族観の対立の激しさを浮きぼりにするものになっている(有地亨「明治民法と『家』の再編成」(青山道夫編『講座家族 8』所収)三三三頁以下参照)。
- (14) 法典調査会議事速記録(学振版)四九卷八一丁表。
- (15) 前掲・議事速記録同卷八四丁表。
- (16) 前掲・議事速記録同卷八五丁表。
- (17) 前掲・議事速記録同卷八六丁裏。
- (18) 浦本・前掲論文一七三頁参照。
- (19) 浦本教授によっても、同趣旨の指摘がなされている(浦本・前掲論文一七四頁参照)。

(20) 大正八年七月二五日内閣総理大臣(原敬)より臨時法制審議会総裁(穂積重遠)にあてた「諮問事項の通知」(堀内節『家事審判制度の研究』五六二頁所収)。

(21) 穂積重遠「諮問第一号ニ関スル調査要目私案」(堀内編『統家事審判制度の研究』三六一～三六五頁所収)。

(22) 「諮問第一号小委員会決議類集其一」(堀内編『統家事審判制度の研究』四七六～四八六頁所収、特に四八二頁)。

(23) 「故奥田博士民法中改正意見要旨及諮問第一号ニ関スル調査要目(其一)」(堀内編『統家事審判制度の研究』三六八～三七五頁所収、特に三七三頁)。

但し、奥田義人博士がこの相対的離婚原因に精神病離婚をも含むと考えられていたかは明らかではない。別の問題であり、別稿をもって検討したい。

(24) 臨時法制審議会総会(第二六回)議事速記録(堀内編『統家事審判制度の研究』七九六、七九七頁)参照。

(25) 「民法親族編中改正ノ要綱」第一六の全文は次の如くである(穂積重遠「民法改正要綱解説(一)」家族制度全集法律篇Ⅱ三五二、三五三頁)。

第一六 離婚ノ原因及子ノ監護

一、離婚ノ原因ハ大体ニ於テ左ノ如ク定ムルコト

(一) 妻ニ不貞ノ行為アリタルトキ

(二) 夫ガ著シク不行跡ナルトキ

(三) 配偶者ヨリ甚シク不当ノ待遇ヲ受ケタルトキ

(四) 配偶者ガ自己ノ直系尊属ニ対シテ甚シク不当ノ待遇ヲ為シ、又ハ配偶者ノ直系尊属ヨリ甚シク不当ノ待遇ヲ待ケタルトキ

(五) 配偶者ノ生死ガ三年以上分明ナラザルトキ

(六) 其他婚姻関係ヲ継続シ難キ重大ナル事情存スルトキ

二、前項第一号乃至第五号ノ場合ト雖モ、総テノ関係ヲ綜合シテ婚姻関係ノ継続ヲ相当ト認ムルトキハ、離婚ヲ為サシ

メザルコトヲ得ルモノトスルコト

三、〔略〕

(26) 臨時法制審議会総会(第二一回)議事速記録(堀内編『統家事審判制度の研究』六五三頁)。

(27) 同總會(第二六回)議事速記録(堀内編『統家事審判制度の研究』七九二頁)。

(28) さらに、穂積博士はこの間の事情、すなわち「民法親族編中改正ノ要綱」第一六の一の(六)「其他婚姻関係ヲ継続シ難キ重大ナル事情存スルトキ」には、精神病離婚を含むのであり、かつ、それを明文化しなかったかを別稿をもって解説しており、参照願いたい(穂積重遠「民法改正要綱解説」法学協会雑誌四六卷五号八二六頁以下、同「民法改正要綱解説(一)」家族制度全集法律篇Ⅱ三五三頁以下)。

(29) 浦本・前掲論文一七五頁、沼・前掲論文二七二頁参照。

(30) 「人事法案」の起草過程に関する詳細は、町孝一・利谷信義「『人事法案』の起草経過とその概要」(『私法学の新たな展開』(我妻先生追悼論集)所収)四七三頁以下参照。

(31) 我妻編『戦後における民法改正の経過』二七、二八頁の来栖発言は、これを明らかにしている。

(32) 我妻編・前掲書一四六頁の中川発言参照。

(33) この点の最初の指摘は、沼正也教授によってなされている(沼・前掲論文二七四頁)。なお、依田精一「占領政策における家族制度改革」(思想の科学研究会編『日本占領軍——その光と影』)所収)三七四頁、久貴・前掲論文一八五頁、浦本・前掲論文一七六、一七七頁参照。

(34) この総司令部と司法省との会談は、昭和二年五月一二日から同年七月七日までの一八回にわたるものであり、その全会談要旨は「民法中改正法律案に関する総司令部政治部係官との会談録」として記録されている。なお、その性格は総司令部の「忠告」的なものとされている(堀内編『統家事審判制度の研究』一〇五六～一一〇四頁に収録されている)。なお、問題の精神病離婚については、昭和二年六月三日の第一二回会談でなされている(堀内編・前掲書一〇八六、一〇八七頁)。

(35) 昭和二十二年六月十日「民法中改正法律案に関する総司令部政治部係官との会談録(第十四回)」に示された「民法改正精神病離婚の一考察(高橋)」

案（起草委員会案）」（昭二一・六・九、民印）第三（離婚及び離縁原因に関する規定）第八一三条一項四号（堀内編・前掲書一〇九六頁所収）。

(二) 現行民法における精神病離婚の位置づけ

わが国における精神病離婚が民法上明確な形で承認されるに至るのは、結果的に戦後の民法改正を待たなければならなかったわけであるが、これまでの考察から、立法・改正作業の機会ごとに常に議論の対象となり、その当時の社会的国家的要請の制約（常にわが国特有の「淳風美俗」的家族観を内包する制約が存在していた）の中でも胎動していた様をみる事ができた。その史的経過を要約すると、⁽¹⁾

(i) わが国においては、明治民法制定前にすでに、行政上の「願出離婚」、「届出離婚」の離婚形態において精神病離婚が認められていた。(ii) 明治民法編纂過程においても、当初起草委員の原案に「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」(八二三条六号)として離婚原因に列挙されていたが、「現状をも無視した」あるべき「家族秩序」を説く反対勢力によって否定され、従来の先例も廃棄された。(iii) その後、臨時法制審議会による民法改正作業の中で、昭和二年の「民法親族編中改正ノ要綱」の第一六の一(六)に「其ノ他婚姻ヲ継続シ難キ重大ナル事情存スルトキ」という抽象的離婚原因をおき、明治民法が葬り去った精神病離婚を、国家的要請およびそれを支える淳風美俗論者の強力な主張との抵触を回避しながら、実質的に復活させる構想が進められ、「人事法案」にも承継をみたもの成立をみず、さらに戦後の民法改正作業に持ち込まれたわけである。(iv) この戦後の民法改正作業においても、起草

委員の準備作業が先の「民法親族編中改正ノ要綱」を出発点とされたこともあって、精神病離婚についても、抽象的離婚原因中に含ませしめる間接的認容構想を形式的に踏襲する方向は改正案六次案まで変わることにはなかった。この方向を急転換させ、精神病離婚を具体的離婚原の一つとして明文化した現行民法七七〇条第一項四号の誕生に向かわしめたものは、他ならぬGHGの「適切な」関与であったことは銘記されなければならない。⁽³⁾

以上のような現行民法七七〇条一項四号の成立に至るわが国精神病離婚の史的経過の考察から指摘しうることは、(i) 期において、行政上認められていた精神病離婚における健康配偶者の保護が副次的意味を持つにすぎなかったと言わなければならないが、少なくともそれ以後、(ii) 期において示された富井・梅起草委員等の民法への導入の積極的姿勢、および(iii) 期において、一次的に例示規定として導入しようとした構想も時勢の制約から不可能とみるや、淳風美俗論との抵触を回避しながら実質的に精神病離婚を確保しようとした穂積重遠委員の積極的努力は特筆される。ただ強いて言えば、(iv) 期の起草委員の改正作業における姿勢に、戦後の家族制度改革という新たな積極的条件下にありながら、精神病離婚を抽象的離婚原因中に含ませしめる間接的認容形式で足りるとした消極性がみられた。GHQの関与は、まさにそうした消極的姿勢の中に、抽象的離婚原因の中での間接的導入形式では運用上十分に実現しえない危険をみて取った適切な関与であったと解する。⁽⁴⁾

したがって、こうした経緯をもって成立した現行民法七七〇条第一項第四号は、浦本教授の示摘の如く「精神病離婚を相対的離婚原因の一内容とするだけでは不十分なものとなる危険を防ぐ目的から具体的にこれを明文化し、そうすることによって健康な配偶者の利益保護を十全なものにしようとする積極的な趣旨を有する規定」として、破綻主

義離婚法の構造の中に構築されていることを確認しておかなければならない。

- (1) 浦本教授による簡潔適切な要約があり参照(浦本・前掲論文一七九頁)。
- (2) 浦本・前掲論文一七三頁。
- (3) 沼・前掲論文二七〇頁以下参照。
- (4) 先にあげた、昭和二十二年六月三日のGHQ(グレイクモア氏)と司法省との会談の席上、ブレイクモア氏の「上述のような場合(「回復の見込のない精神病」)は第五号に含まれると考えない判事が出て来る恐れが絶対ないというのなら格別、そうでなければ、それ(「回復の見込のない精神病」)を掲げるのがよいと思う。」() (書筆者)とのため押しは、まさにそれである(堀内編・前掲書一〇八七頁所収)。
- (5) 浦本・前掲論文一八〇頁。

四 結びに代えて

本稿は、今日のわが国精神病離婚をめぐる議論が、判例法理と学説が真向から対立し固定化している問題状況にあるなかで、その打解の手掛りを探る目的から判例法理の解釈論的問題およびその法理のもつ実際の機能の側面から再検討を試みようとするものであったが、検討さるべき視点の多様性・困難性から、おこわりしたようにその総合的再検討を断念し、その一部基礎的作業をなすだけにとどまった。したがって、ここ結びにおいては、基礎的検討作業の段階であるから、結論的な判例法理の評価はできべきもないが、以上の検討の範囲で認識しえた精神病離婚の運用をめぐる対立の問題点の若干の指摘をすにとどめ、残された検討課題を別稿に譲って結びに代えることにする。

まず第一に、本稿では最高裁昭和三三年判決を先例とする精神病離婚判例の実質的意義・背景とそれに向けられた批判的学説の対立状況を検討したが、双方の精神病離婚制度そのものに対する価値的評価の相違——婚姻・離婚観の相違、それを規制する法律観(法と道徳との関係)の相違——が存在し、かつ、わが国精神病離婚法の史的沿革の考察においてみられた立法過程での精神病離婚の民法導入に対する賛否両論者の一連の議論が、その規定の解釈・運用という場を変えて、いまなお存続しているものと解することができる。そのことが、今日身動きのとれない対立を生んだ最大の原因となっているものと解する。しかし、一旦、立法的に決断され採用された法制度を、解釈・運用のレベルで論ずる際に、そうした法制度への批判的価値観を持ち込んで論ずることは妥当とは言えない。ましてや、裁判官の主観的価値観によって、その運用が極端に左右されることは危険である。特に、考察の如く、精神病離婚の現行法七七〇条一項四号の成立過程においては、精神病離婚を抽象的離婚原因の一内容とする間接的認容形式では後の裁判官の消極的運用を懸念され、あえて具体的離婚原因として例示規定されるに至った経緯から鑑みればなおさらである。

第二に、最高裁判例法理の基本的理論構造の問題である。精神病離婚制度は、破綻主義離婚法の構造の中に位置づけられ、健康配偶者の荒廃した不毛な婚姻法的拘束からの解放と保護を一次的目的としながらも、精神病配偶者の保護も同時に要請されるものであることはいままでもないが、後者の療養・生活保障の確保は、本来、社会保障が担うべき問題であり、その裏打ちによって本来の精神病離婚制度が十分に機能しうべきものである。しかし、今日その社会保障がなお充分でない現状においては、この精神病離婚制度の運用にあたって、社会保障の充実が果されるまでの

過渡的運用の理論として妥当な構造をもつものでなければならぬと解する。ところが、これまでの精神病離婚の判例法理の基本的理論構造は、浦本教授によっても指摘されているように、⁽²⁾精神病配偶者の保護を「民法の（私的扶養法の）中に閉鎖的に取り込む構成」をとり、自ら「社会保障への移行の途を塞ぐ理論」となっている点が、過渡的運用の理論のあり方として特に批判されなければならないと考える。

(1) 本稿でのかかる考察は、わが国精神病離婚判例の先例をなした最判昭和三三年の判決に自ら関与された藤田八郎元最高裁判事の後々の学説の批判に反論された論文を検討の対象とした（藤田「精神病離婚に関する最高裁判所の判例について」ケース研究一四八号一六頁以下）。

(2) 浦本・前掲論文一八一・一八二頁参照。

昭和五七年三月 脱稿