

# 破綻主義は何故葬られたか

——穂積修正案論議の今日的意義

大村芳昭

- 一 はじめに
- 二 明治民法以前の離婚について
- 三 穂積修正案の内容
- 四 穂積修正案の敗因についての仮説
- 五 出席各委員の離婚法に対する考え方について
- 六 修正案についての穂積委員と修正案反対論者との論戦について
- 七 修正案に対する賛成論者の状況
- 八 考察——修正案論議の今日的意義

## 一 はじめに

1 民法旧規定<sup>(1)</sup>の裁判離婚制度は有責主義を採用した立法例として知られているが、実はその起草段階で、起草委員のひとりである穂積陳重委員から、破綻主義を採用した修正案が提出されていた。しかし法典調査会<sup>(2)</sup>以下「調査会」

とする)では、その修正案はほとんど実質的な討議を経ないまま「死骸」にされてしまっている。その後、民法整理会<sup>(3)</sup>(以下「整理会」とする)で同委員は再び同様の修正案を提出し、そこではかなりの議論がなされたが、修正案自体はやはり葬られてしまった。筆者としては、日本の離婚立法の歩みを半世紀遅らせた<sup>(4)</sup>(と筆者自身は評価する)この審議の過程を観察し、この修正案が何故否決されたのかを、調査会及び整理会の議事速記録に現れた議論の観察を通して検討した上で、穂積修正案やそれをめぐる議論の今日的意義について若干の考察を試みたい。調査会及び整理会での議論の検討にあたっては、修正案が否決された理由として幾つかの仮説をたてて、その各々を検証するという方法をとることとする。

なお本稿は、婚姻及び離婚制度の改革との関係で破綻主義をめぐる議論が近年盛んになっていることを念頭に置きつつ、今後の裁判離婚制度のありかたについて筆者が考えるところの一部分を提示するための、ささやかなひとつの試論である<sup>(5)</sup>。

## 二 明治民法以前の離婚について

江戸時代、庶民の間では、いわゆる「三行半」による夫からの一方的な離婚が認められていたが、逆に妻からの離婚請求は夫の協力が得られない限り容易には認められず、縁切寺での数年間の修行のような厳しい条件が課されていた<sup>(7)</sup>、と言われている。明治になってもそのような状態はこれといって変わらなかつたようであるが、明治六年の太政官第一六二号布告により<sup>(8)</sup>、初めて妻からの離婚請求が認められるに至った<sup>(9)</sup>という。しかしそれも、夫による一方的な離婚自体を否定するまでの根拠にはならなかつた<sup>(10)</sup>。

明治民法成立前の離婚の方式としては、①裁判離婚、②願出離婚<sup>(11)</sup>及び③届出離婚<sup>(12)</sup>の三種類が存在したが、明治民法以前の立法例においては①と③しか認められていなかったようである。

### 三 穂積修正案の内容

以上のような状況の下で民法典の編纂は進められた。民法の起草作業においては、協議離婚と裁判離婚という二通りの離婚の方式が提案されたが、そのうちの裁判離婚については、限定的な離婚原因を列挙し、その何れかに基づいてのみ離婚が認められ得るものとされた(八一三条原案)<sup>(13)</sup>。これに対して穂積陳重起草委員は、次のような修正案を提出している。<sup>(14)</sup>

#### 修正案 (穂積陳重委員提出)

- 一 第八二三条中「左ノ場合ニ限り」ヲ「左ノ場合ニ於テ」ト改メ同条ノ次ニ左ノ一条ヲ置クコト
  - 一 第八二四条 前条ノ場合ノ外夫婦ノ一方ハ共同生活ニ堪エサル不和ヲ理由トシテ離婚ノ訴ヲ提起スルコトヲ得此場合ニ於テハ裁判所ハ将来和熟ノ望ナキモノト認メタルトキニ限り離婚ノ宣告ヲ為スコトヲ得
  - 一 第八二三条第四号ノ次ニ左ノ一号ヲ加ヘ新タニ第二項ヲ置クコト
  - 五 同居ニ堪エサル夫婦間ノ不和
- (第二項) 前項第五号ノ場合ニ於テハ裁判所ハ将来夫婦間ニ和熟ノ望ナキモノト認メタル場合ニ限り離婚ノ宣告ヲ為スコトヲ得

その後、第一六回及び第一七回整理会でも、穂積委員は修正案を提出している。そちらの方は、条文の形式をとってはいないが、内容としては上と同じものである。

#### 四 穂積修正案の敗因についての仮説

この修正案が何故葬られてしまったのか、という点について、法典調査会及び民法整理会の速記録を見ると、その議論の全体的な流れからして幾つかの仮説が浮かび上がってくるように思われる。それらは、以下の通りである。

- ① 他の出席委員の離婚法に対する基本的な考え方が、修正案における考え方と符号しなかった。
- ② 両会議において、穂積委員が他の出席委員を十分に説得できなかった。
- ③ 修正案に賛成する委員の助け舟が不足していた。

そこで、以下これらを検証すべく、両会議の速記録の該当箇所の内容を検討する。

#### 五 出席各委員の離婚法に対する考え方について（四①の検証）

穂積委員以外の出席委員が、一般的・抽象的なレベルで離婚についてどのような考え方を持っていたか、という点については、調査会及び整理会での議論から、以下のような考え方を読み取ることができる。

- ① 離婚原因は明確にすべきである。<sup>(15)</sup>
- ② 裁判離婚は厳格にすべきである。<sup>(16)</sup>

これらの見解自体は数人の委員によつて表明されたものであるに過ぎない。しかし、調査会における原案をめぐる議論が同条に列挙された離婚原因に集中したことや、しかもその議論が、列挙事項をいかにして明確化し、かつ余計なものを含ませないようにするか、という方向で進められたこと、さらには、穂積修正案に対して賛成の議論を展開した委員がほとんどいなかったことを考えあわせると、同様の見解を多くの委員が共有していたのではないかと思われなくもない。とすれば、このような基本的態度を持っていた出席各委員を、修正案に賛成するよう説得するには、そのような者にとつても相当説得力のある議論を展開する必要があるように思われる。

## 六 修正案についての穂積委員と修正案反対論者との論戦について（四②の検証）

では、穂積委員は両会議における議論の中で他の委員の説得に成功したのであろうか。ここで、穂積委員と修正案反対論者との議論の内容について見てみよう。

### (1) 穂積委員の趣旨説明

修正案について穂積委員は、調査会及び整理会の各会において、執拗なほどに繰り返しその趣旨を説明している。その長さは、調査会速記録で理由書を含めて約三七八行（およそ一四頁半）、整理会速記録で約二七六行（およそ一〇頁半）におよぶ。その内容は、だいたい次のようなものであった。

〔理念的な側面からの趣旨〕

i 離婚の理由を制限し、夫婦の愛情がなくなつて既に共同生活を営むことができなような状態に至つた場合でも、法定の離婚事由に相当しない以上離婚を許さないとすることは、婚姻の本質たる愛情と共同生活を無視することとなり、不当である。回復不可能の不和こそ、最大の離婚原因である。<sup>(17)</sup>

ii 夫婦の間に愛情がなくなれば、それは道義上夫婦とは言えない。そのような二人の関係を強いて維持させる法律は、道義に反するものである。<sup>(18)</sup>

iii 婚姻について当事者の自由を許しながら、離婚についてそれを許さないのはバランスを失する。また、人は（特に婚姻においては）常に誤りがつきものであるのに、婚姻のみについてはその誤りに対する制裁として一生の（婚姻への）拘束を科するのは、不当に人の自由を奪うものである。特に妻については、不和による離婚請求を認めないと、夫の承諾が原案のような離婚原因のない限り離婚を請求できないことになり、一生夫の奴隷となつてしまふ。<sup>(19)</sup>

〔実際の側面からの趣旨〕

iv 制限離婚主義をとると、野合の増加、婚外子の増加、姦通の増加、夫婦間の徳義の衰退などの弊害が生ずる。<sup>(20)</sup>

v 欧州の婚姻非解消主義は間違っている。実際、婚姻非解消主義は弊害を生じたので、欧州でも次第にその例外を認めるようになり、現在に至っている（実際の立法例としてプロシヤ・ランドレヒト七一八条、一八七四年スイス統一離婚法四七条）ことからしても、婚姻の破綻を法律の力で抑えることは困難である。<sup>(21)</sup>

vi 現在の日本のように離婚数の多いところで原案のような制限的な離婚法をつくると、法が社会に適合せず、実効的でなくなる恐れがある。その点でこのくらいの案が適当である。<sup>(22)</sup>

vii 離婚原因を制限すると、立法者が予測できないような離婚を認めるべき原因が生じた場合に対応できなくなる。<sup>(23)</sup>

これらに加えて穂積委員は、消極的根拠として次のように述べている。

viii 婚姻を重んずるべきであることを、離婚事由を制限することで国民に教えるべきである、という主張があるが、徳義を教えるのは主に教育の任務であり、法律の任務ではない。また、法律の文言を以て国家の体面を保つというのは浅見であるし、のみならず離婚事由の幅が広いから婚姻上の徳義の程度が低いとは言えない。<sup>(24)</sup>

では、以上の論拠に対して、反対論者はいかに反応したのであるうか。正面から議論の対象となった論点(i、ii、iii及びv)について検討する。

(2) 愛情の評価について(i、iiに対する反応)

まず、婚姻における愛情の重要性については、真正面からそれ自体を否定する発言はこれといって見られず、かえってその点においては、反対論者からも穂積委員に賛成する発言がなされている。<sup>(25)</sup>しかし、「婚姻の本質は愛情なのだから、それがなくなった以上は離婚を許すべきである」という論理に対しては、疑問が提起されている。

即ち第一に、もし愛情を婚姻における最も重要な要素と考えるのなら、何故愛情がなくなればいつでも離婚請求できると規定しないのか、「同居に堪へサル」などという条件は余計なものではないか、そのような条件をつけるというのは自らの主張と一貫していないではないか、という批判がある。<sup>(26)</sup>また、別の委員から、もし「嫌ニ為ツタ者ヲ喰付ケテ置クコト」がいけないというのなら、協議とか裁判所に行くとかいう手続を要求するのはおかしいのではないか、(ちようにど契約の解除のように)嫌になったら一方の意思表示でいつでも離婚できるといふことにしない

といけないのではないか、との批判もある。<sup>(27)</sup>しかし、これらの批判は当たらないのではなからうか。前者に対して穂積委員から直接の反論はなされていないが、後者に対して穂積委員は、婚姻の側だけからでなく、「社会ノ方」からも考える必要がある、「公ノ徳義」を保護する必要もある、と述べており、<sup>(28)</sup>手続を必要とした趣旨はそこにあるのであって、「同居に堪へサル」という条件をつけたのも同様の配慮によるものと考えられる。その後、この反論に対して岡野委員は何も再反論を試みておらず、さらにはこの点についての議論もその後なされていないが、少なくともこの批判は克服されたと考えてよいように思われる。

第二に、婚姻において愛情ばかりを重視するわけにはいかない、という批判がある。<sup>(29)</sup>即ち、婚姻というのは必ずしも愛情だけで決まるものではない、資産や身分をも考えて決めるものである、だから「徳義上ノ理想」だけで法律をつくっても社会に適合しない、また、夫婦のうち資産のある方（夫、妻を問わず）が資産のない方を「今ノ妻ハ大分鼻ニ付イタカラ」あるいは「あんな意気地ノナイ夫ハ嫌ヤダカラ」といって離婚すると、離婚された方は「路頭ニ迷ハナケレハナラヌ」あるいは「餓死スルカ或ハ養育院ニテモ這入ラナケレハナラヌ」ことになるが、それは困る、というわけである。この批判はかなりのを得ていたように思われる。その後、この点をめぐっての議論はなされていないが、穂積委員が修正案を調査会及び整理会に提出するにあたって、離婚認容後の弱者保護について十分な対応を表明していないことは確かであり、この点が修正案の大きな弱みのひとつだったのではないかと推測される。

(3) 自由の拘束について（iii）に対する反応

これに対する反応は、基本的には、前述した出席各委員の離婚に対する考え方を反映したものになっている。そ



して、その内容はおおまかに言つてふたつに分けて考えることができる。その一つは、協議離婚あるいは原案の列挙事由で十分であつて、裁判離婚の窓口をそれほど広くする必要はない、というものであり、もう一つは、そこま(30)で認めるのは自由すぎる(31)というものである。

前者については、前述したように、当時、夫による専断的離婚が行われていたか否かの点で両者の見解は食い違つているが、少なくとも穂積委員は、他の出席各委員を自分の見解が正しいと納得させることには成功していない(32)ようである。

他方、後者については、確かに抽象論のレベルにおいては穂積委員の主張ももつともであるが、ただ穂積委員は少なくとも二つの点において失敗しているように思われる。一つは、そもそも修正案の趣旨は、列挙されていないような状況においても離婚を認めるべき場合があるという、いわば例外的事案の救済にあつた筈である。にもかかわらず、これが採用されないと法律全体の実効性が危うくなるかのような言い方をしているが、それはあまりに極端である。現に、それは杞憂であるとの反論がなされている(33)。これはもつともな反論であるように思われる。もう一つは、説得力のある事例を提示できていない。調査会でも整理会でも、妻がもう「愛情ヲ全ク去ツテ仕舞ツタ」あるいは「帰リタクテ仕方ナイ」のに夫が「送籍ヲシナイ」「箆筒長持ヲ押ヘテ返ヘサナイ」、といった設例を挙げているが、そもそも離婚に対して消極的な態度を持つていると思われる他の委員に対して、そのような誤解を招きかねない形での設例の示し方をする(34)ことは、少なくとも戦略的に得策とは言えない(35)。事実、「それでは厭にならばいつでも離婚できるというのと変わらないではないか」「それでは三行半を否定する自らの見解と矛盾するではないか」という趣旨の批判がなされている(36)。また穂積委員は、不和について、一時の不和からすぐさま離婚を認めると

いうわけではないと(37)か、夫からの一方的な離別を認めるわけではないなど(38)、離婚に対してそれなりに慎重な態度をとりつつ、別の箇所では「夫婦の一方が離婚を求めてきたら許してやる必要がある」とも言っており(39)、これも反対論者に材料を与えているようなものである。以上の点で、ここでも穂積委員の見解は、他の委員に対して十分な説得力を持たなかったと考えられる。

(4) ヨーロッパにおける変遷について（vに対する反応）

穂積委員は、修正案の正当性の傍証として、欧米における離婚法の変遷を説明しているが、これに対する評価においては、穂積委員と反対論者とで全く対立している。即ち、穂積委員は欧米の離婚法の歴史を、自由主義離婚法への流れとして理解しているのに対して、反対論者たちは、それを離婚の過度の制限に対する緩和（自由主義へと向かうものではないとの判断を含む）として把握している。両者の異なる点は、前者がキリスト教教会法以後の離婚禁止の緩和の傾向のみをとらえて「欧米でも離婚は自由化しつつある」と結論づけているのに対して、後者はローマ法上の自由離婚主義に対する過度の制限が、近年になって多少緩和されただけであるとして、欧米の多くの国で離婚のために別居要件を課していることから考えても「いまだ欧米では無闇に離婚を許してはいけない」という判断が支配的である(41)との結論を導いている点である。

考えてみると、この両者の主張はそれぞれ一面的な見方であるように思われる。欧米における離婚法の歴史は、一方で無闇に離婚を許してはいけないという判断があり、他方で一定の場合には婚姻を法律上強制的に維持させても仕方ないという判断もあって、その両者のせめぎあいの中で模索を続けてきた。そして、そのような経過の中で、ある時期には前者の判断が優先されたり、また他の時期には後者の判断が強調されたりしたのである。よって、そ

のどちらかのみを強調して自己の主張の根拠にしようとしても、あまり説得力のあるものではないように思われる。ただ、いずれにしても、穂積委員がこの根拠を以て修正案を十分にバックアップできなかったのは確かなようである。

### (5) 結論

以上の検討から、穂積委員は、修正案の提案に際して多大の時間と労力を費やしてその趣旨を説いたにもかかわらず、結局修正案について他の委員に対して十分な説得力を有する議論を展開することができなかった、と評価することができるであろう。

## 七 修正案に対する賛成論者の状況(四③の検証)

以上とは反対に、穂積修正案に賛成した委員の状況についても若干ながら触れておく。

穂積修正案に対して同意する旨を表示したのは、土方委員と金子委員の二名である。そのうち、まず土方委員は、趣旨としては穂積修正案と同様であるとしながら、離婚原因の列挙自体をやめて、「正当ノ理由」があれば離婚できる、という独自の修正案を提出している。<sup>(43)</sup> よって、どちらかと言えば賛成派であるとは思われるのだが、穂積修正案自体に対してはそれほど強い味方になってはいないようである。他方、金子委員は、第一六回整理会において「私ハ徹頭徹尾穂積サンヲ賛成シテ置キマス」<sup>(44)</sup>と明言し、筆者にとつては救いの星にも感じられたのだが、金子委員自身も「此次迄ニ能ク考ヘテ置テ充分ニ意見ヲ述べタイト思ヒマス」<sup>(45)</sup>と言ひ、議長(清浦委員)も「(今回は)金子サンモ成ルベク御出席ニナルヤウニ願ヒマス」<sup>(46)</sup>と言つたにもかかわらず、次回にあたる第一七回整理会に金子委員は出

席していない。その理由は筆者にとっては現在のところ不明であるが、穂積修正案にとっては大きな痛手であった……かもしれない。

## 八 考察—修正案論議の今日的意義

以上を踏まえて、今日において穂積修正案やそれをめぐる議論がいかなる意義を持つのか、筆者なりの視点から若干の検討を試みたい。

### (1) 離婚と弱者保護

現在、婚姻及び離婚制度の改革をめぐる議論が続けられている。法制審議会民法部会身分法小委員会での議論を中間的に総括した「中間報告（論点整理）」では、現行法上の五つの離婚原因に加えて、新たに「夫婦が継続して一定期間（例えば五年間程度）以上共同生活をしていないとき」を離婚原因とする意見が紹介されている。<sup>(47)</sup>これは、現行法上の「その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき」をさらに一歩進めて、破綻主義の考え方をより徹底させようとするものとして評価することができよう。

このような提案に対しては、主として妻の保護の観点から批判がなされている。離婚の要件面の緩和を進めてしまふと、それによつて切り捨てられる側（現状ではほとんどの場合妻であろう）の保護が後退してしまいかねない、というものである。これは、穂積修正案とそれをめぐる議論との対比において興味深い。穂積修正案に対してもこれと同様の批判がなされていたからである。<sup>(48)</sup>確かに、離婚の要件の緩和のみを先行させて、弱者保護をなおざりにするとすれば、それは実質的な「三行半」の復活にもつながりかねない点で問題である。しかし、弱者保護が問題で

あるとすれば、それは離婚の要件面で手当とするよりも、効果面で手当とする方が実効的な救済たりうる場合が多いのではないだろうか。例えば、家庭内離婚をしているような状況においては、離婚を認めずに夫婦間の問題として（婚姻費用分担請求のような形で）弱者保護をはかるのは却って難しいのではあるまいか。<sup>(49)</sup> それなら、むしろ離婚を認めて、その効果としての財産分与その他の形で解決する方がまだマシなのではないだろうか。ただ、勿論そのためには効果面の充実をはかる必要がある。中間報告でも、財産分与についてさまざまな提案が紹介されているが、<sup>(50)</sup> それらを含めた離婚給付の充実と実効性の確保を通してこそ、よりマシな弱者救済が可能になるように思われる。その意味で、離婚法の改革に離婚給付の改革は不可欠である。

他方、婚姻のありかた自体を考え直す意味でも、破綻主義の徹底は意義を持ち得るものと考ええる。弱者切捨てを危惧するあまり、離婚に対する消極的な態度を保持することは、結局多くの場合に、弱者たる妻が夫にぶらさがって生きていくというライフ・スタイルを結果的には助長する側面を有する。勿論これは離婚制度のみの問題ではなく、所得税法上の配偶者控除制度や配偶者特別控除制度など、さまざまな制度の中に巣くっている、実に根深い問題である。しかし、せめて大規模な制度改革が論じられている今、これからの夫婦のありかたとして、そのような旧態依然としたスタイルよりも、夫婦がより対等な形で寄与しあうような形を目指そうとするなら（筆者はそうすべきであると考え）、その一步として、戸籍上の夫婦関係にしがみつくと（あるいはしがみつかせる）こと<sup>(51)</sup>によって妻（あるいは夫）の座を守るような制度からは脱却するような離婚制度改革を考えるべきである。

穂積修正案は、効果面での手当てを十分にアピールしなかつたために、他の委員には一方的な弱者切捨てと映つたのではないだろうか。離婚の要件と効果は常に一体として議論していく必要がある。そして同時に、離婚の緩和

のみが先行して効果面での手当てがなざりになることのないよう、厳しく見守っていくべきであろう。

(2) 苛酷条項について

現行七七〇条二項は、同条一項一号（不貞行為）、二号（悪意の遺棄）、三号（三年以上の生死不明）又は四号（回復の見込みのない強度の精神病）に掲げる事由があつても、裁判官が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、離婚請求を棄却できる旨を定める。いわゆる裁量棄却の規定である。この規定は、一時的な事情（たつた一回の不貞行為など）から直ちに離婚を認めざるを得なくなることを防止し、性急な離婚請求を抑制する趣旨のものと言われているが、同条一項一号―四号所定の事情が重大であつて当然離婚を認めるべき場合であつても、裁判官の裁量次第では請求棄却にしよう点で疑問がある。前述したように、離婚が当事者（特に弱者側）にとつて酷である場合には、効果面での手当てを施すことによつてこれを救済すべきであり、離婚の裁量的拒否に頼るべきではないと筆者は考えるので、同条二項の削除には賛成である。ただ、それでは離婚原因の存在が認められた場合には、無条件に（勿論効果面での手当てをすることを条件として、ではあるが）離婚を認めてよいのであろうか。

ここで、離婚の制限と自由の拘束に関する穂積委員と他の委員との議論<sup>54</sup>を想起してみたい。穂積委員は、離婚原因の拡大については実に熱っぽく他の委員の説得に努めたが、離婚を制限すべき場合についてはこれといつて議論を展開していない。却つて、離婚原因の拡大がそのままストレートに結果としての離婚の拡大につながるかのような説明をしており、その際の説明が若干極端であつたことが、他の委員からの批判を浴びる原因ともなつてゐるのである。<sup>55</sup>このような議論の経緯は、離婚原因について考える際には離婚を制限する趣旨の規定との相互関係にも配慮する必要があることを、我々に示してくれているように思われる。

さて、離婚法を改正し、破綻主義を何らかの形で現行法より徹底する場合、それが離婚請求容の可能性を増大させることは間違いない。ただ、破綻主義の考え方が社会に浸透してゆくにはそれなりの時間がかかる筈であり、(たとえ好ましくないことであるとはいっても)従来のような消極的破綻主義による救済(つまり離婚を認めないこと)による弱者保護を頼みとしてきた人々に、すぐに発想を入れ換えなさいと言ってみても、それはちよつと無理ではないか、という気もしなくはない。

そこで筆者が注目しているのが、いわゆる苛酷条項の提案<sup>(56)</sup>である。離婚を認めることがその配偶者や子にとって苛酷な場合には例外的に離婚を認めないことができる、とするこの考え方は、運用次第では現在の裁量棄却規定に近い効果を生じる可能性を含むものである。<sup>(57)</sup>しかし、どのような場合に配偶者や子にとって苛酷であると言えるか、という苛酷性の認定において、法改正直後しばらくの間は比較的緩やかに苛酷性を肯定し、社会の変動などを考慮しながら次第に苛酷性の認定基準を厳しくしていくことによつて、先に述べた「弱者たる妻が夫にぶらさがつて生きていくというライフ・スタイル」に対する反省を迫る、という機能(即ち一種の経過規定的な機能)を苛酷条項は果たしているのではないが、と筆者は考えているのだが、これはあまりに樂觀的な見方であろうか。<sup>(58)</sup>

### (3) 婚姻の本質と離婚制度

最後に、穂積修正案をめぐる議論の中で、婚姻の本質について述べられた部分に注目してみたい。

前にも述べたように、穂積委員は破綻主義を提案する際に、婚姻の本質は愛情と共同生活である、と述べている。筆者もこれに賛成するが、ここで筆者は、そのような一般論に対して、他の委員たちからこれといった反論が出ていないことに注目したい。あの当時のわが国において、たとえエリート集団内における議論の中での発言であつた

としても、これは筆者にとっては驚きである<sup>(59)</sup>。ただ残念なのは、まさに民法により家制度を強化しようとしていたこの時期に、「婚姻の本質は愛情」だけでは割り切れないものがあり、それが破綻主義の導入を妨げた要因のひとつになったと筆者には思われることである。

さて、現在ではどうだろうか。確かに法制度としての家は、戦後の民法改正などに伴って表面上は消滅したように見える。しかし、戦前とそれほど変わりのない「家」的な意識、いわば家意識による束縛は、いまだに多くの国民を縛り続けているように思われる。また、戦後新たに登場し普及したと思われるところの、いわば「核家族イデオロギー」とでも呼ぶべきものが、広く国民に浸透している。それは、夫が一家の収入を稼ぐ一方で妻が家事の全てを引き受けるという、性別役割分業に裏付けられた家族のありかたを理想とするイデオロギーであり、特に女性の立場からは、婚姻を一種の生活保障手段としてとらえる考え方<sup>(61)</sup>にもつながってくる。そして、有責な夫を婚姻の鎖に縛りつけておくことによって妻を保護しようとする消極的破綻主義は、そのようなイデオロギーを前提とする既得権（妻の座）の保護に奉仕したように思われるのである。

しかし、そのような形の弱者保護は、筆者にはきわめて歪なものに見える。婚姻（婚姻に限らず、あらゆる共同生活関係に共通して言えることだが）の本質は互いの愛情と相互協力であり、それが維持できないときは婚姻の解消を認めるざるを得ない筈である<sup>(63)</sup>。穂積委員の発言は、その点を実に率直に表明したものである。ただ、それが効果面での手当てを伴わなかったために、前述のような批判を浴びたのである。愛情と相互協力を失った婚姻は解消してよい、との基本をまずはしっかりと踏まえて、次にそこから生じる不都合を<sup>(64)</sup>手続や効果の面で解消する、という順序で考えるべきではなからうか<sup>(65)</sup>。



## (4) 最後に

愛情に基づく婚姻の考え方を基本とした破綻主義導入の提唱は、明治時代の民法起草時には完全に失敗し、戦後の民法改正時には若干不十分な形でしか実現しなかった。次の改正でいきなり単意離婚の実現まで到達するとは思えないし、また破綻主義の徹底にしても何らかの留保がつく可能性が高い。しかし、判例の流れを見ても、当事者を夫婦という身分に縛りつけることによって救済をはかる、という発想からの脱却は徐々に進んでいるように思われる。この動きがどこまで進むのか、どこまで進めることができるのか、今後の大きな課題といふべきであろう。

(1) 一九四七年改正前の第四編、第五編。

(2) 第一四九回・一八九六年一月八日。

(3) 第一六回・一八九七年七月九日、第一七回・一八九七年七月一四日。

(4) なお、明文規定としては採用されるに至らなかった破綻主義であったが、その後の判例の流れの中で、実質的な意味での破綻主義は、絶対的離婚原因(例えば虐待など)の運用という形で徐々に定着し、一九四七年の民法大改正における明文化(民法七七〇条一項五号)へと結実した。この間の経過につき、太田武男『現代家族法研究』(有斐閣・一九八二)二二二―二三九頁参照。

(5) なお本稿では、法典調査会での議論の分析と、その現代的意義の考察を主な目的として論述を進め、その一方で、裁判離婚制度や破綻主義に関するより一般的な考察までは目的に含めなかった。従って、後者の点に関連する文献の引用はごく限られたものとなっている点をご了承願いたい。

(6) 石井良助『日本法制史概説』五八六頁、太田・前掲注4・二二二頁。

(7) 二宮周平『家族法改正を考える』(日本評論社・一九九三)一一九頁、太田・前掲注4・二二二頁参照。ただ、実際上は夫が妻側の圧力などによりしぶしぶ離縁状を書かされることも少なくなかったとも言われ、離婚における夫の優位

を一方的に強調することには疑問が提示されている。ただ、少なくともタテマエ上は、離婚を決する場合の決定権は夫の側にあり、それを利用するという形ではとどきの離婚が行われていたようである。網野善彦『日本の歴史をよみなおす』(筑摩書房・一九九一)一四八頁以下参照。これをどう評価するか、という点は、筆者の研究の未だ及ばないところであり、また本稿の対象外でもある(前掲注5参照)ので、論評は差し控えることとする。

(8) 「夫婦ノ際、已ムヲ得ザルノ事故アリテ、其婦離縁ヲ請フト雖モ夫之ヲ肯ンゼズ、之レガタメ数年ノ久ヲ経テ終ニ嫁期ヲ失ヒ、人民自由ノ權利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」

(9) 太田・前掲注4・二三一頁。なお、その後に出された太政官第二四七号布告「訴答文例」には夫の離婚訴訟手続が規定されていた。

(10) 太田・前掲注4・二三一頁。

(11) 又は行政離婚。地方官庁に願ひ出て、地方官の許可により認められた離婚形態。

(12) 単に戸籍役場に届け出ることにより認められた離婚形態。協議によるものと夫による一方的なものがあった。

(13) 調査会では八二三条、整理会では八一四条。その各々の紹介は省略する。

(14) 第一四九回調査会で提出。

(15) 調査会速記録四九卷七八〜七九頁(富井)、整理会速記録五卷一一七頁(尾崎)、同六卷一二頁(梅)。

(16) 整理会速記録五卷一一五頁(岡野)、同一一六頁・同一一七頁・同一一七〜一一八頁(以上尾崎)、同六卷八〜九頁・同一〇頁・同一二頁・同一三〇頁(以上梅)、同三四頁(富谷)。

(17) 調査会速記録四九卷九三頁・同一〇〇頁・同一〇二頁、整理会速記録五卷一〇八頁など。

(18) 調査会速記録四九卷九三頁、整理会速記録五卷一〇六頁など。なお、一九四七年の民法改正審議の際、榊原千代議員は、現行七七〇条二項への批判の中で、愛情がなくなったのに離婚できないとすると、「愛なき不道德な結婚生活を強

要すること」になると指摘していたという（浦本寛雄『破綻主義離婚法の研究』（有斐閣・一九九三）八七、二二六頁参照）。榊原議員は穂積委員のこの発言を知っていたのであろうか。

- (19) 調査会速記録四九卷九三頁以下・同一〇二頁以下、整理会速記録六卷五頁など。
- (20) 調査会速記録四九卷九四頁以下・同一〇四頁など。
- (21) 調査会速記録四九卷九七頁・同九八頁以下・同一〇五頁、整理会速記録六卷四頁以下など。
- (22) 調査会速記録四九卷九九頁以下・同一〇三頁以下・同一〇六頁など。
- (23) 調査会速記録四九卷一〇一頁など。
- (24) 調査会速記録四九卷九五頁以下、整理会速記録五卷一〇七頁以下・同六卷二七頁など参照。
- (25) 例えば、整理会速記録六卷七頁（梅）、同一六頁（岡野）。
- (26) 整理会速記録六卷一六頁（岡野）。
- (27) 整理会速記録六卷一〇一頁（梅）。
- (28) 整理会速記録六卷二五―二六頁。
- (29) 整理会速記録六卷八頁（梅）。
- (30) 例えば、調査会速記録四九卷一〇七頁、整理会速記録五卷一二二頁（重岡）、同一一六―一一七頁（尾崎）、同六卷三〇―三一頁（梅）。
- (31) 整理会速記録五卷一一五頁（岡野）、同一一六頁・一一七頁（以上尾崎）。
- (32) 例えば、調査会速記録四九卷一〇〇頁、同一〇六頁など。
- (33) 整理会速記録六卷三一頁（梅）。
- (34) 調査会速記録四九卷一〇三頁、整理会速記録六卷五頁。
- (35) 調査会の議論を全体的に眺める限り、穂積委員も決してそれほど極端にリベラルな思想の持ち主というわけでもな

- い。となれば、もつと穏当な、あるいは微妙な例を挙げて他の委員を説得することもできたのではなからうか。
- (36) 整理会速記録五卷一一五頁(岡野)。
- (37) 整理会速記録六卷二頁。
- (38) 調査会速記録四九卷九六頁、整理会速記録六卷二五頁。
- (39) 整理会速記録六卷五頁。
- (40) 整理会速記録六卷一〇頁。
- (41) 整理会速記録六卷一七頁。
- (42) 整理会速記録五卷一〇九頁、同六卷二三頁。
- (43) 整理会速記録五卷一〇一―一一頁。
- (44) 整理会速記録五卷一一頁。
- (45) 同上。
- (46) 整理会速記録五卷一一八頁。
- (47) 中間報告第四・二・一(二) b。また、その直後の注1では、現行七七〇条一項五号の規定を「婚姻関係が破綻し、その回復の見込みがないとき」と改めるかどうかなどの点についてはさらに検討する、とされている。中間報告全文は、ジュリスト一〇一五号三〇五頁に掲載されている。なお、この中間報告をふまえてその後一九九四年七月に公表された「婚姻制度等に関する民法改正要綱試案」では、離婚原因を現行の五つから六つに改め、その五つめを五年以上の別居、六つめを婚姻関係の破綻とする案が示されている(試案第四・二・1)。(ジュリスト一〇五〇号二一七頁)。
- (48) 前述六(2)で紹介した第二点を見よ。
- (49) 前述六(1) iiiはこれと同様の趣旨を含んでいるように思えるのであるが、これは筆者の読み込みすぎであらうか。
- (50) 中間報告第四・一・2及び3。その内容は、その後の試案でも部分的に受けつがれている(第四・一・2)が、履

行確保の点が「今後の検討課題」とされてしまっている点は気がかりである。

(51) なお、二宮・前掲注7・一七五―一七六頁参照。

(52) 遠藤 浩他編『民法(8)(第3版増訂版)』(有斐閣・一九八八)一一一九頁参照。

(53) 遠藤他・前掲注52・一二〇頁。法制審議会は一九五九年の仮決定で、すでに同項の削除を提案している。近年の議論の中でも同項の廃止を主張する見解は少なくない。例えば、二宮・前掲注7・一七二頁、中川 淳「婚姻・離婚法改正の中間報告について」ジュリスト一〇一九号(一九九三)八六頁など。

(54) 前述六(1)iii、同(3)参照。

(55) 前述六(3)後半参照。

(56) 中間報告第四・二・1・注2。ここでは、専ら別居を原因とする離婚請求に対する制限として考慮されているようにも読めるが、裁量棄却の規定を削除するとすれば、むしろこの規定は離婚請求全体に対する制限規定として位置づけるべきではなからうか(試案第四・二・1(ii)はそう位置づけている)。なお、裁量棄却との関係について第四・二・2・注は、なお検討するとしている。

(57) 但し、少なくとも裁判官の裁量に依存していない点では異なると言えようか。

(58) この点との関係で二宮教授は、あくまで効果面での措置を充実させた上で破綻主義の徹底をはかるべきであるとの考え方を示された上で、苛酷条項については明確にこれを採用すべきでないと言われている(前掲注7・一七四頁)。苛酷条項は比較法的にもあまり機能しておらず、またその存在が破綻主義の徹底化を阻害することをその根拠としておられるが、筆者のように考え方を變えることによつて、苛酷条項の存在意義を見直すことはできないものであろうか。

(59) ただ、これには何か速記録に出ない事情がある可能性もあり、真実はそれほど感動するには値しないのかもしれない。ただ、そこまでの究明は本稿の枠を越える。

(60) 前述六(2)の第2点前半で述べた、「(婚姻は)資産や身分をも考えて決めるものである」との主張は、その裏にさま

さまざまなものを含んでいるように思える。

- (61) 「永久就職」という言葉はそれを典型的に象徴していると言えよう。
- (62) 今さらことわる必要もないと思うが、ここでいう愛情とは必ずしも性的関係を伴うものではない。
- (63) この点をつきつめると、結局は単意離婚を認めるべし、ということになろう。二宮・前掲注7・一七四頁。
- (64) 離婚手続へのクールダウン期間の導入など。二宮・前掲注7・一七四頁参照。
- (65) この点に関しては、二宮・前掲注7・一七三頁～一七六頁参照。