



Title	離婚と法的統制（1）
Author(s)	山島, 正男; YAMAHATA, Masao
Citation	北大法学論集, 16(1), 1-21
Issue Date	1965-10-20
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/16057
Type	departmental bulletin paper
File Information	16(1)_p1-21.pdf



論
説

離婚と法的統制 (1)

山 島 正 男

離婚と法的統制 (1)

- I は し が き
- II 離婚の社会統制
 - (1) 社会統制の課題
 - (2) 社会統制の対象
 - (3) 社会統制の目標 (以上本号)
- III 離婚の法的統制
 - (1) 離婚の法的統制の課題
 - (2) 離婚の法的統制の方式
 - (3) 離婚法の社会的機能

(本稿はもとも註釈民法(四)に用意したものであり、そのため本文中に註が組み込まれている。全面的に書き直す余暇のなかつたことについて読者の諒解を乞いたい)

I は し が き

社会現象としての離婚は人類数千年来の課題であり、その間多様な経験を重ねながらも、いまだに一方の極に離婚禁止があり他方の極には協議離婚ないし単意離婚（現在のところ女性についてのみ、ウルグアイ）が存在するといふ複雑な法的統制の現状にとどまっている。もちろんこの複雑にして統一のない離婚法の歴史にも、巨視的にみれば、離婚法の「自由化」や「世俗化」の動向を指摘することは可能である。しかしこれとても、西欧キリスト教的離婚法の動向にすぎず、それすら、微視的には、かならずしも「世俗化」の一般的發展法則の存在を指摘しえないというのが真実である。

最も問題なのは、離婚の歴史の一コマから、安易に皮相的結論を導き出す傾向である。自由離婚に関する人類の経験として、帝政ローマ（四世紀）のスキヤンダルの離婚頻度やソビエト革命時代の異常な離婚率をあげて、自由離婚制度の危険を強調するのはその例である（Kephart, *The Family, Society and the Individual*, p. 592）。しかし「離婚について最も興味を惹くことの一つは、法と慣習との間にしばしば存在した差異である」（Russel, *Marriage and Morals*, p. 176）。モスコのあの異常な離婚率がその自由離婚のためというよりは、まさにそのような離婚法を生み出した革命そのものに最大の原因が帰せらるべきことは、すでに古く一七九二年のフランス革命時におけるパリの異常な離婚率の場合におけると同様である。⁽²⁾ ラッセル卿は、離婚法と離婚習俗との差異を示す例として、革命前の国の自由な離婚法とまれな離婚習俗、法的には離婚を容易に認めるスエーデンと全体として法的には離婚に制限的なアメリカが離婚率の点では正反対の比率を示す事実を引いているが、同様のことはわが国についてもいえよう。離婚法の役割については、「基本的にいえば、離婚という現象自体を法律によって左右しうる程度はきわめてわずかであ

り、法律上の離婚を禁止しても、社会現象としての離婚（事実上の離婚）そのものを押えることは困難である」（加藤・図説家族法一九頁）というのが、一般の世論とは反対に、この問題に関する識者の常識といつてよいであろう。右のごとく離婚においては第一次的には社会統制のうちとくに習俗に依存するところが最も大であり、法の影響力がそれほどないとしたら、離婚をめぐる法的統制はそもそもいかなる事態を対象として、いかなる目標にむかつて、いかなる方式においてなされるべきかが、究極の課題である。本稿の課題もまたここにある。本稿は、先の「協議離婚制度に関する序論」（法学二五巻二号）のいわば序論をなすものであるが、本稿を草するについては、中川先生からは、前稿執筆当時において最も感銘をうけていたラインスタイン教授の比較法国際会議（一九五三年）における配布資料（*Marriage Stability and Laws on Divorce*、その後 *Vanderbilt L. R.* に掲載。邦訳として司法研修所「比較離婚法の研究」一七三頁以下）に加えて、*Westmarck, The History of Human Marriage* の一部のロビイをいただし、またいづもながら京都大学人文科学研究所の太田武男氏からはかねて探していた京大所蔵の *Howard, The History of Matrimonial Institutions* 全三巻のマイクロ・コピーあっせんのおかげで、東大法学部図書室からは、古典的名著として定評のある *Lichtenberger, Divorce, A Social Interpretation* をコピーする好意を与えられた。これらの助力に対して、心からの感謝を捧げたい。

(1) 離婚に対する社会統制がもつばら習俗以外になかったローマの例を引合いに出すこと自体が誤りである。他の古代社会においても離婚の抑制は習俗に依存するのみで、しかもローマにおけるごとく離婚現象を生ずることはなかった。

(2) フランス革命時の離婚法と離婚の実態については、穂積「フランス革命と離婚法」離婚制度の研究三六三頁以下に詳細であり、革命時の異常な離婚率が実はバリーに関するものにすぎず、地方にゆくにしたがって離婚は減少し、辺境においてはほとんど旧来と変化がなかったという事実によって、離婚における社会的・法律的变化がもつばら革命的雰囲気における出来事であったことが正当に指摘されている。同上四四四頁。

II 離婚の社会的統制

(1) 社会統制の課題——最良の離婚法

「結婚は、もっとも基礎的な社会制度の一つであり、人類の歴史においては、結婚についての社会統制は常にそれだけの社会の重要な課題であった。そうして、そのことに対応して、離婚についての社会統制もまたそうであった」(川島「離婚と社会統制」家族問題と家族法Ⅲ七七頁)。わが国で離婚の問題を社会統制との関連においてはじめて本格的に取扱つたこの論文は、離婚に対する社会統制が婚姻に対する社会統制に対応することを正当に指摘している。

より端的にいえば、離婚に対する社会統制は、婚姻に対する社会統制それ自体の一部、しかも最も重要な一部である。ただし離婚における社会統制の真の問題点は、今日においては、特定の婚姻の法的解消とそれに附随する問題の法的処理という単純な事実自体に求められるのではなく、離婚を契機としてはじめて問題となるいわゆる「婚姻制度」の維持・強化と不可避的に結合しているからである。離婚においてはじめて、「婚姻とはなにか」が問題となり、婚姻のもつあらゆる機能があらためて問題とされる。まさしく「理論的にも實際的にも、離婚の規制は、婚姻問題を解く鍵」であり、融和の余地なく抗争する根本的な対立緊張関係、そこから必然的に生じうる法と事実との背反のうち婚姻問題を解く鍵を見出そうとする試みにおいて、「婚姻と法の関係の問題はその頂点に達する」こととなる(Müller-Freienfels, Ehe und Recht, S. 121f.)。

離婚自体が直接に最も強力な社会統制たる法的統制の対象となるにいたつた歴史は、それほど古くはないが、ひとたびそれが実現されて以後は、今日までつねに、離婚に対する法的統制の問題は、大きな政治問題であり社会問題となってきた。しかも問題はけつして単一ではなく、ときには離婚の自由が重要な政治的社会的課題となり、ときには

逆に離婚の抑制が重要な社会問題であった。しかも、いずれの社会体制であると問わず、家族が社会構成の基礎単位として承認されている現在（たとえば世界人権宣言一六条）、家族の基礎をなす婚姻と同時にその解消の問題は、社会体制自体の安全にもかかわる問題として意識され、離婚を要求する世論の増大に対応してあるいは対抗して、⁽²⁾アイルランド、スペイン、ブラジルなどの例にみるごとく、憲法上にも離婚禁止条項を設ける結果となつてあらわれている（山島・五十嵐「家族条項」ジュリスト一五三号七頁、一五五号一五頁。逆に協議離婚の自由を宣言するのは一九四〇年のキユバ憲法）。

もともと離婚問題をめぐる論争は、「婚姻」制度に対する価値観の対立に根ざしており、その対立はときに非理性的ですらある。（「離婚に関する斗いは、主として新しい必要な調整を求めようとする人々と、主として変革によってその地位を危うくされる旧来の価値観を抱く人々との間の争点の接触である。戦陣を布くいずれの側も深遠な真理を追求する。しかも双方ともに、他方がどの程度まで真理に立脚しているかをまったく理解しない。そして目標の認識は、感情に支配され、半盲目的であり、直接に眼で確めるというよりは、直観によって行われている」 Llewellyn, Behind the Law of Divorce. II, 33 Col. L. R. [1933] p. 249 f., also "Selected Essays on Family Law" p. 54)。⁽³⁾のみならず「現在のわれわれの社会における離婚の社会統制の問題は、きわめて複雑である」。その理由は「一方では旧来の社会規範と社会統制がなお生きつづけているのに、他方では新しい社会規範と社会統制が成長しつつあり、この二つのものが対抗しあっている」からである（川島・前掲）。しかもこの対抗関係のあらわれ方は国によって区々であり、「離婚の自由化・世俗化」という広く承認された一般的公式にもかかわらず、現実には離婚の「世俗化の一般的发展法則は存在しない」というのが正しい。（Brusin, Zum Ehescheidungsproblem. S. 31 世俗化に逆行する）⁽⁴⁾最近の動向としては、ポルトガルにおけるカトリック教徒に対する離婚禁止（一九四〇年）、アルゼンチンにおける

離婚法の停止（一九五六年）。後者の経緯については野田「アルヘンティナ共和国婚姻法」宮崎編・新比較婚姻法Ⅲ一〇二頁以下）。単にカトリック教国においてのみ、離婚の価値観をめぐる対抗関係が生じているのではない。西方諸国においても、それぞれの離婚制度の現状に対する世論はかならずしも一律ではなく、また時とともに変化している（とくにドイツにおける世論の変化は興味を惹く。すなわち同一の離婚法のもとにおいて、一九四九年には離婚の厳格化を主張するもの一三％が一九五四年には六六％に増大。離婚の簡易化を望むものはさして比率に変化がなく、僅かの期間の経過によって従来の現状維持派がその態度を変えたことを示す）。これは法の運用についても同じことがいえる（たとえば Reichsgericht 時代の破綻主義理論（Zerüttungsprinzip）から Bundesgerichtshof による Oesterreichischer Oberster Gerichtshof の同意離婚（Vereinbarungsscheidung）・破綻責任主義（Zerüttungsschuld）理論への転換。Wolf-Lüke-Hax, Scheidung und Scheidungsrecht, S. 310 ff. Müller-Freienfels, S. 153 ff.）。現代離婚法の動向、その根底にある婚姻の価値観の対立・変動は、離婚の法的統制の問題の難しさをよく示している。問題は複雑であり、かつ多面的である。けだし離婚においては、離婚とともに実は婚姻が問題となるのであり、婚姻こそは、いまもって、その複雑さを解消してはいないからである。

ともあれ、離婚の法的統制の問題とすに於たつては、まず統制の対象、目標が確定さるべきであり、ついで統制の方式および機能（効果）が検討されねばならない。われわれの求めるべきは適切妥当な離婚の法的統制の方式であるが、「最良の離婚法」⁽⁶⁾はありえないにせよ、比較的良い離婚法はつねにありうるはずであり、またそれをもとめるのがわれわれの任務でもあろう。

(1) 「婚姻制度」の問題は、婚姻の法的統制の特質を示すものであるが、これについては後述する。

(2) 法制度としての離婚を承認しない国においても離婚制度の採用を要求する世論はしだいに強くなりつつある。たとえば、イタリアにおいては、一九四七年には離婚法の制定に反対の世論が六八％であったのが、一九四九年には六一％に低下し、さらに一九五

離婚と法的統制 (1)

Elmo C. Wilson's World Poll (1957)

国 別	簡易化	厳格化(男・女)	現状・DK
オーストリア	29	54 (47・60)	17
ベルギー	18	56 (56・56)	26
イギリス	31	46 (41・50)	23
デンマーク	12	31 (32・31)	57
フランス	17	49 (41・57)	34
ドイツ	16	62 (58・66)	22
イタリア	28	63 (54・71)	9
オランダ	14	50 (47・52)	36
ノルウェー	10	46 (39・52)	44
スウェーデン	19	25 (22・31)	56

五年には、四〇%が一般的に離婚に賛成し、配偶者の殺害未遂、家族の遺棄一五年などの極端な事情のもとならば、約六〇%の世論が離婚を容認するにいたっている。またブラジルにおいても、一九四六年における離婚制度に対する世論は、男性の七〇%、女性の四八%が離婚の承認に賛成している。Goode, *World Revolution and Family Patterns*, p. 83. f.

(3) 現在離婚を認めない国としては、ヨーロッパではイタリア、スペイン、アイルランドの三カ国が全面的離婚禁止、ポルトガル、リヒテンシュタインではカトリック教徒に対してのみ離婚を禁止する。ラテン・アメリカでは、離婚法の施行を停止中のアルゼンチンのほか、ブラジル、チリ、コロンビア、パラグアイの四カ国である。Sinson, *L'evolution du droit moderne du divorce, Rev. Inter. de droit comparé*, 1957, p. 391 人によつてヘルレーを加えている例もみられるが (Muller-Freienfels, S. 121) 誤りである。

(4) 離婚はより容易にすべきか、あるいはより困難にすべきか々々に関する最新のヨーロッパ諸国の世論調査の結果は上図のごとくである。E. C. Wilson's *World Poll*, by International Research Associates, 1957, cit. from Kephart, p. 592 f. 各国一〇〇件とすうサンプル量からみて、この数字がどの程度の正確さをもつか疑問であるが、北欧の例外を除いて、西欧一般では離婚の困難化を要望する世論がかなり多く、とくに女性においてその傾向の強いことが指摘される。しかし他面、北欧を除いては、一般に離婚制度の現状には不満であり、制度の変革をめぐつて左右両論が対立している事実にも注目すべきであろう。

(5) ドイツにおける世論 Goode, p. 84 Table 11-16

離婚はより簡易にすべきか、より厳格にすべきか、離婚法は現状でよいかに関する世論 (一九四九年)

簡易化に賛成である 二九%
 厳格化に賛成である 一三%
 現状維持でよい 四三%
 DK 一五%

離婚は困難にさるべきか容易にさるべきかに関する世論（一九五四年）

困難にすべきである	六六%
容易にすべきである	二六%
無関心	六%
D K	一五%

(6) プライスの有名な言葉であり、ラインスタイン教授も、当地での離婚法セミナーにおいて、スカンジナビアの簡易な合意別居からの転換離婚方式すらなお通謀即時離婚を阻止しえぬ事実（デンマークでは、二年間の待期を要求される合意離婚よりも姦通を離婚事由とする特定原因による離婚の方式がより多く利用されていることについて、ラインスタイン「婚姻の安定と離婚法」司法研修所「比較離婚法の研究」一八五頁参照）から離婚に対する法的統制の機能の限界を質した筆者の問いに対して、プライスと同一の言葉をもって答えていたことを想起する。プライスはつぎのごとくいつている。

『最良の離婚法とはいかなるものか』(What is the best divorce law?) と問われた場合、『およそ良い離婚法なるものは存在しない』(There is no good divorce law) というのが唯一の回答である。人間性には、これまでつねに存在してきたしまった明らかに今後もつねに存在するであろういくつかの欠陥があり、この欠陥を処理するための満足すべき手段は存在しない。いくつかの異なる害悪のうちで選択することがなしうるすべてである」 Bryce, Marriage and Divorce in Roman and in English Law, in Studies in History and Jurisprudence. p. 853

プライスの言葉に対してハワードはつぎのごとくいつている。「確かに、立法者は、問題の根源にふれることはできない。問題の根源は、社会制度の不完全さ、とくに婚姻と家族に関する誤った感情に深く根ざす離婚の根本的な諸原因であり、これらは、後述のように、より合理的な教育上の諸原理および諸方策によつてはじめて除去される。しかし立法者は、慎重に立案した統一法規によつて、外的な諸条件——法的環境——を適切な厚生活動のために好都合なものとすることができる。この意味において、「良い離婚法」をもつことは可能である。それは丁度、良い公益信託法、良い伝染病予防法、その他社会的厚生立法のすべての領域における良い法律をもちうるのと同様である。……プライスの主張は、人間の行為または社会関係より生ずる諸問題を取り扱うすべての法律についても同様にあてはまる。このような主張は、誤解を招くものであり、問題を解決するのを助ける代わりに、混乱を生じさせるのを助けるものである。」 Howard, The History of Matrimonial Institutions, III, p. 203 f.

(2) 社会統制の対象——離婚と婚姻の破綻

離婚とは婚姻の法的「解消」であり、それ以上のものではない。それにもかかわらず、「婚姻の破綻と離婚は、世論においてのみならず専門的著作においてすらしばしば同視される」(Reinstein, *Marriage Stability and Law on Divorce*, 5 Vanderbilt L. R. [1956] 司法研修所「比較離婚法の研究」一八九頁)。これが離婚問題の混乱の最大の原因である。離婚はそれ自体としては単なる法的結果にすぎず、¹⁾それがいかなる社会的意味をもつかは、離婚自体とはまったく別個の問題である。婚姻の破綻をいかに定義づけるにせよ(ラインスタイン・前掲)²⁾、離婚と婚姻の破綻とがまったく別物であることは、離婚を法的に認めない国についてみれば明白である。ただし、「離婚についての統計が婚姻破綻が実際に生じたことを反映するものとすれば、離婚率がゼロの国、すなわち離婚という制度がまったくない国においては、婚姻の安定は完全であるということになる」³⁾からである(ラインスタイン・前掲一八七頁)。

もちろん、離婚が婚姻の破綻の結果として生ずる場合が多いことは疑いない。しかし離婚にいたらぬ婚姻の破綻は疑いもなくより多いであろうし、また他方では婚姻の破綻とは関係のない離婚もないわけではない。さらに婚姻の破綻にもとづく離婚についても、それがそのまま婚姻の破綻として永続するかどうかはこれまた別個の問題である。双方ともによりよい再婚をしたとすれば、婚姻の破綻は消滅して新たな婚姻の安定が実現することになる。³⁾

だが離婚はながい間いや現在もなお、婚姻の破綻と同視されている。わが国の多くの人に耳新しく誓いたラインスタインの法現象としての離婚と社会的事実としての夫婦関係の破綻との峻別は、実のところアメリカにおいてはけっして新しい指摘ではない。先に引用したルウエリンはつぎのようにいっている。「離婚に関する議論は、あまりにもしばしば、あたかも問題なのは離婚であるかのごとく、離婚はそれ自体が害悪であるという前提から出発してきた。しかし問題なのは婚姻である。事実、識者は、離婚は本質において病氣というよりは症状であること、あるいは離婚

とは、役人が活動する以前にすでに生じている婚姻破綻の事実を公式に承認する性質のものであることを主張している」(Llewellyn, Selected Essays, p. 65)。かれのいふ識者とは Willcox (The Divorce Problem, A Study in Statistics, 1891) であり、Howard (The History of Matrimonial Institutions, 3 vols, 1904) であり、そして Lichtenberger (Divorce, A Social Interpretation, 1931) である。その一人ハワードは、すでに古く、離婚の問題点、統制の真の対象を明快に指摘している。「離婚は一個の救済手段であつて病氣ではない。社会全体の損害を顧慮することなく、なにがなんでも救済手段の適用を制限するのは、往々にして思い込まれているように、離婚法における効能なのではない。もし善意の離婚 (bona fide divorce) の数を直接に減少させることが、つねにすぐれた「離婚」法の本質的目的であるとするなら、……離婚を全面的に禁止するのが合理的な進路であるということになる。離婚は不道徳なことではない。反対に、ドラスチックでまた無思慮な立法がときとして不道徳であることは、充分にありうる。実際、……立法者が婚姻結合からの離脱の門戸を広めたり狭めたりする際の指針となる唯一の安全な基準は、幸福の増進にある。離婚の動向は現代文明にとっての驚くべきまたほとんど普遍的な出来事である。……しかしこの動向は——、宗教改革以来量的また質的に増大してきた社会的解放 (social liberation) への強力な動向の一部にすぎない……。一六世紀の宗教改革者によれば、離婚は婚姻の病氣に対する「良薬」である。今日においても……離婚の主要な源泉は、まずい婚姻法とまずい婚姻である。……ともあれ、結果よりはむしろ原因に対して注意を向けることが本質的である。家族を向上させ保護しようと思う賢明な改革者にとっては、問題の中心は、婚姻である。離婚ではない」(Howard, III, pp. 219 ff., 223)。約三〇年後にリヒテンベルガーは再び同一の指摘をしている。「離婚は『害悪である』とか、『離婚が婚姻を破壊する』とか、『離婚製造所 (divorce mill) は家庭の祭壇を粉に挽きつつある』とか主張される場合、思考の混乱がかくされており、それが問題をぼかし、事実をあいまいにし歪

曲する役割を演じている。……離婚は結果であつて原因ではない。それは症状であつて、病気ではない。……離婚はただ一つの婚姻をも破綻させたことはない。婚姻を破壊するのは、姦通であり、虐待であり、遺棄であり、酒乱であり、不和であり、愛情の喪失または移り変りであり、その他のものである。婚姻が完全にこわされるまでは——ときにはその後なお多くの才月を經過せぬ間は、離婚はけつして起らない。……それゆゑ、要するに離婚とは、婚姻が事実上において解体してしまつたという証拠にもついでなされる法的結合関係の廃棄にすぎない。……事実を嘆き事態の改善を欲する人々の反対と非難を受けねばならぬのは、離婚そのものではない。真の『害悪』は、婚姻を破壊するところのものである。『婚姻制度』に対する尊重は、内部的な夫婦関係が偽瞞と化したり、この夫婦関係の現実が消滅してしまつた場合に、その外形の維持を固執することによって、増進されうとは思われない」(Tjich-tenberger, p. 16~17)。かれのこの言葉は、離婚問題に関する古典的な問題指摘として、今日でもかならず引合ひに出されるほど有名である。しかもそれは単に歴史的名句ではなくして、まさに現代の問題に対する警句なのである。おそらくかの「離婚率」なるものが社会的な意味をもつて評価されるかぎり、かれの言葉はその生命をもちつづけるであろう。ラインスタインもまた、第二次大戦後の離婚率の世界的増大傾向を前にして、離婚と婚姻の破綻の峻別を繰り返さざるをえなかつたのである。しかしわが国の家族法の先覚的權威がつとに指摘しているごとく、「法律家は離婚率の増加といふことを恐れない。否、恐れてはならない。法律家はその統計を前にして、たゞ『このために夫婦はより幸福になつたらうか』といふこと、『この結果として不幸な子供が出来やしなかつたか』といふことをさへ技術家らしく考へればいいのだ。それ以上のことを法律の力でやらうと考へる瞬間に彼は思想的に一世紀を逆行してしまふ」(中川「現代離婚論」妻妾論二三四頁)のである(ちなみに前掲書の執筆は一九三〇年であり、このすぐれた問題指摘がリヒテンベルガーより古いことが注目される)。

かくして離婚問題の出発点であり。到達点であるのは婚姻である。「離婚は婚姻を前提とする。婚姻なくしては、離婚は一切の意味を失う。離婚は、婚姻からその起源と形態と結果を得ている。婚姻の実際を変化させれば、相応の遅れとともに、離婚もその変化に見合うように再調整されるのがわかるであろう」「離婚が問題なのではない……問題は、離婚に終わらない婚姻が「離婚に終わる婚姻に比して」より良いのかそれともより悪いのかであり、過去に比して良い婚姻が増えているのかあるいは減っているのかであり、より良い婚姻をめざして、またそのような婚姻の増大をめざしてわれわれがいかなる役割をはたしうるかにある……離婚の意味は、われわれの真の問題関心との関連においてのみ確定される。離婚はそれ自体としては社会に対して意味をもたない」(Llewellyn, *Selected Essays*, pp. 27, 66)。ではわれわれの問題関心はどこにおかれるべきか。

(1) もちろん法現象としての離婚自体にも当然に問題はあつた。とくにわが国のごとく、多元的離婚方式を採用するところでは、離婚紛争とその法的解決のための離婚方式との関連は重要な問題である。

(2) 婚姻の破綻を数字的に把握することは困難である。アメリカの一九五六年のセンサスによれば、公務、職業上などの別居夫婦一〇〇万二千件を除いて、法定別居を含む婚姻破綻にもとづく別居夫婦は一二四万二千件と報告されているが(同年の離婚数は一四九万二千件)、もちろん別居夫婦だけが婚姻破綻の事例ではない。別居と遺棄問題の権威モナハンによれば、不和、酒乱、虐待、遺棄などにより婚姻の破綻した家庭は、一般人あるいは専門家の考えるよりも非常に多く、社会的にみて衝突・分裂の状況にある家庭(これらは健全な調和のとれた家庭とも離婚によつて社会的解体をとげた家庭とも区別される)は、おそらくは全家族の約一割に達しようとして推測する(cited from Kephart, p. 542 f.)。一〇組一組の割合で夫婦生活に破綻を生じているというこの推測は、それを恒久的または決定的破綻として固定的に考えるのではないが、けつして誇張にすぎはしないであらう。もつともこれらの婚姻破綻がつねに社会的問題性を有するかは別問題である。しかし一九五六年度の要扶養児童に対する公的扶助の統計は、九二万四千人の児童、三三万人の母を含む六〇万六千余の家庭が扶助の対象となつてゐることを示しており、前記センサスによる別居家族の多くが同時に法律上の遺棄の問題をも含んでゐることを示唆してゐる。Kephart, p. 548 f.

離婚数(率)および離婚調停事件
受理件数の推移

年次	離婚総数(率)	受理件数	増加比
昭和23年	79 032 (0.99)	9 024	100.0
24	82 575 (1.01)	11 818	131.0
25	83 689 (1.01)	13 818	150.2
26	82 331 (0.97)	13 557	141.2
27	79 021 (0.92)	12 746	140.8
28	75 255 (0.86)	12 703	142.4
29	76 759 (0.87)	12 847	149.5
30	75 267 (0.84)	13 493	154.7
31	72 040 (0.80)	13 844	153.4
32	71 651 (0.79)	14 444	160.1
33	74 004 (0.80)	15 441	171.1
34	27 455 (0.78)	15 455	171.1
35	69 410 (0.74)	14 580	161.6
36	69 323 (0.74)	15 007	166.3
37	71 394 (0.75)	17 211	190.7

昭和37年人口動態統計および司法統計年報
(昭和36年・37年)による。

三六年司法統計年報 XXXV 頁は、離婚調停事件の推移に離婚総数の推移との対応関係を認めているが、かならずしもそれが正しくないことは、別表の昭和三十七年度における離婚総数と離婚調停事件数との対比によって明らかである、婚姻破綻の(家的・

離婚を認めぬ国においては、離婚という法的現象はなく、また婚姻結合の維持に対する強力な社会統制が加えられているが、これらの事実は婚姻の破綻に対してそれを防止する役割をはたすものではない。たとえば、イタリアにおいては、法律上の別居によって婚姻破綻の一面を把握しようが(1933—4, 523, 1947—10, 912, 1952—8, 152)、社会的な婚姻の破綻がこれを上廻ることはもとより疑いがなく、「論者によって「毎年かなりの数の夫婦、おそらくは四万人を下らない数の夫婦が婚姻のきずなを破壊している」と間違いない主張できる」といわれている。Good, p. 84

わが国における婚姻破綻を数字的に確認する資料は残念ながら存在しない。また諸外国のごとく離婚に制限的な国における離婚数と婚姻破綻(別居、遺棄)の数の比率をわが国に於てはめることも正確ではないであろう。わが国における資料としては、家庭裁判所に申立てられた婚姻破綻に関連する事件(夫婦同居協力扶助(二類一号)・婚姻費用分担(二類三号)の審判・調停事件、夫婦関係調整事件を含む離婚調停事件、内縁に関する調停事件)によって、法的紛争にいたった婚姻破綻事件の数字を知ることができる。このうち、全調停事件中最高の比率(昭和三十七年度においては四割に近い比率)を占める離婚調停事件の統計は別表のごとくであるが(昭和三十八年度は「婚姻中の夫婦間の事件」として(離婚調停事件中には夫婦関係調整事件も含まれるための改称であろう)、一六、七〇六件(増加比一八五・一%)となっている——家庭裁判所月報一六卷八号一二頁の統計表)、その顕著な増加傾向は、婚姻破綻の増大というよりは家庭裁判所の活用の増大を示すものであり(昭和

親族的) 伝統的处理方式の变革を物語るものである。しかし、家庭裁判所に持ち出される事件が、一般的にみて、およそ世の中に存在する事件の氷山の一角的なるものであることは、わが国における一般の法意識の現状から考えて、推測に難くない。

(3) 離婚を「婚姻破綻」という社会的事実との関連において考察する場合、離婚者の再婚——より正確にいうなら、破綻した夫婦の新たな社会的夫婦関係——の問題はきわめて重要である。破綻を生じた夫婦も、それぞれが、あるいは一方だけでも、新たな安定した夫婦関係をつくり上げているとすれば、既存の婚姻破綻はそれだけ社会的意味において変化をこうむらざるをえない。

離婚と再婚の関係については、家族社会学の最も進んでいるアメリカにおいても、離婚率の増加(もつとも最近では減少傾向にある)の背後に再婚率の増加があること(あるデーターによれば離婚者の七五%が再婚)、離婚に対する社会的評価の変化、とくに離婚婦に対して再婚を強制する社会的諸要因によつて再婚の増加が必然的であること(この点については Goode, *Pressures to Remarry: Institutionalized Patterns Affecting the Divorced, from After Divorce, in Bell & Vogel, A Modern Introduction to the Family*, pp. 316 ff. 323) はともかく、再婚の成功率については正反対の見解が対立してなお一致しない。「あらゆる離婚は四人の人間を幸福にする」とまではないえないにせよ、再婚の母の八五%ないし九〇%は再婚に満足しているとする報告のある反面 (Kephart, p. 630)、別表のデーター (Iowa Data) のように、離婚率は結婚の度数に比例して高くなつてくることを示す事実によつて、右の見解に疑問をほさむ意見もある (Monahan, *The Changing Nature and Instability of Remarriages, in Winch, Megins and Barringer, Selected Studies in Marriage and the Family*, p.630 ff.)。ただこれら再婚者の初婚はその一〇〇%が失敗に終わったという事実は忘れるべきではない。 Kephart, *ibid.*

結婚形態別離婚率
(1953~55, 婚姻100に対して)

平均離婚率	21.9
双方初婚	16.6
初婚と再婚	36.8
双方再婚	34.9
再婚と三婚以上	62.1
双方三婚以上	79.4
寡夫と寡婦	9.9
寡夫(婦)と初婚	16.1

わが国における再婚の統計は資料が不備で、婚姻件数における再婚の比率を除いて、離婚者の再婚率および再婚者の離婚率を知る資料はない。別表の初婚、再婚別統計によれば初婚の増加、再婚の減少の傾向が顕著であるが(同統計二二五頁表七・一九は昭和二年以降の年度中の挙式・届出婚(全婚姻の約六九%)についてのみの初婚、再婚別婚姻件数統計を掲げており、再婚における届出の遅延を反映して、再婚の比率はさらに減少している)、この資料からは離婚と再婚の関係を明らかにしえない(離婚率は戦前戦後を通じて大きな変動はなく、離婚の増減との対応関係は認められない)。

離婚と法的統制 (1)

(3) 社会統制の目標—婚姻の安定—破綻の防止

離婚をとおして問題とされる婚姻の社会統制の目標は、特定の時代および社会における婚姻の社会的機能との関連

再婚の安定度を直接知る資料はないが、離婚をめぐる紛争事件における初婚・再婚の比率は知りうる。家庭裁判所の既済の離婚調停事件について初婚・再婚別の統計があり、離婚調停事件における初婚と再婚の比率および調停の終局区分において婚姻解消（協議離婚を含む）となった婚姻数とその婚姻形態（初婚・再婚）別の比率をみると、昭和三五〜三七年の数字は別表のごとくであるが、この統計の示すところでは、初婚・再婚の別によって、婚姻の破綻から婚姻解消にいたる数字にはまったく差異が認められない。いまのところ、再婚の不安定性を証明するような資料はないというべきであろう。

夫妻相互の初婚再婚別婚姻件数

年次	昭和 10 年	昭和 37 年
初・再婚別		
総 数	556 352(100.0)	928 341(100.0)
双方初婚	470 707 (84.6)	820 093 (88.3)
双方再婚	26 162 (4.7)	29 833 (3.2)
夫再妻初	44 895 (8.1)	54 574 (5.9)
夫初妻再	14 588 (2.6)	23 841 (2.6)

昭和37年人口動態統計上 225, 400頁による。

離婚調停事件における夫妻相互の初・再婚別(率)
および婚姻解消数とその比率

年次	婚姻形態	既済件数 (%)	婚姻解消 (%)
昭和 35 年	総 数	14 907 (100.0)	6 130 (41.1)
	双方初婚	11 964 (80.2)	4 914 (41.0)
	双方再婚	1 087 (7.3)	462 (42.5)
	夫再妻初	1 337 (8.9)	571 (42.7)
	夫初妻再	440 (2.8)	175 (39.7)
昭和 36 年	総 数	14 905 (100.0)	6 169 (41.3)
	双方初婚	11 928 (80.0)	4 965 (41.6)
	双方再婚	1 010 (6.7)	400 (39.6)
	夫再妻初	1 360 (9.3)	568 (41.7)
	夫初妻再	539 (3.6)	228 (42.3)
昭和 37 年	総 数	15 819 (100.0)	6 614 (41.8)
	双方初婚	12 852 (81.2)	5 387 (41.9)
	双方再婚	1 039 (6.5)	425 (40.9)
	夫再妻初	1 360 (8.6)	578 (42.5)
	夫初妻再	517 (3.2)	216 (41.8)

司法統計年報（昭和35, 36, 37年）による。

において決定される。古くは性秩序の維持（姦通に対する離婚強制）、家族秩序の維持（たとえば古法における義絶）が、統制の主要目標とされたこともある。しかし、かような婚姻の個々の社会的機能を離れて、婚姻それ自体に対する統制のあり方をみると、これまで二種類の相反する統制が行われてきた。一つは婚姻の束縛からの妻の解放であり（あらゆる革命に随伴）、他は離婚からの妻の保護である。離婚の社会統制の歴史はこの両者の繰り返してであった。しかし現代における離婚の問題は、単に古くから今日まで存続している不当な婚姻束縛からの解放あるいは不当離婚の抑制という目的のほかに、広く一般的に「家族の安定」そしてその中核をなす「婚姻の安定」という社会統制の目標と結合している点に特徴がある。いまや「婚姻・家族の安定」は今日における世界共通の課題である。婚姻・家族の価値観の鋭い対立にもかかわらず、婚姻をサクラメントとして超世俗的価値を付与するキリスト教的立場も、婚姻を経験的な世俗的実在としてその価値を当然の前提とする西方的立場も、婚姻を社会体制の維持・強化のための最も有効な手段とみなし、婚姻の機能を支配体制に順応する子女の教育にもとめる社会主義の立場も、ひとしく「婚姻・家族の安定」を志向する。もちろんこれらの価値観の差異は、社会統制の意味と内容における差異を生じさせる（Brusin, S. 21 f.）。しかし目指すところは同一である。このことは、現代における婚姻観がすくなくともある一点においては共通であることを示唆する。かつてのソビエト革命時における、またその後にも時折提唱されるような婚姻否定論（自由愛）、あるいはアメリカにおいて提唱されたいくつかの試験結婚、友愛結婚（Tichenberger, p. 435 ff.）は、現代の問題としては姿を消している。今日では、「われわれが構成した一切の一夫一婦制婚姻定型（Ehemodell）すなわち宗教的〔ローマ・カトリックおよびプロテスタント〕筆者。以下同じ」、世俗的経験的〔西欧文化〕、世俗的教義的〔マルキシズム〕婚姻定型は、婚姻が男女間の「生活共同体」（Lebensgemeinschaft）であることを強調する。ここでこの言葉の意味するものはなにか？ 単なる緊密な共同生活というよりはそれ以上のものである。すなわち原

理的に、婚姻は全生活のための共同体である。婚姻の極限にあるものは死である。婚姻は深層次元を有し、これが婚姻結合を「自由」「結合」関係から根本的に区別する。婚姻は、その本質上、永遠の共同体(Gemeinschaft sub specie aeternitatis)であり、このことは、宗教的婚姻定型だけでなく、世俗的婚姻定型にもあてはまる(Brusin, S.24f.)。

ところで「婚姻の安定」は、実は、真の社会統制の目標ではない。このことは、「婚姻の安定」の方策をめぐってはしなくも霧呈される。対立は「婚姻の安定」という同一の言葉において、一方では「婚姻制度の安定」が問題とされ、他方ではまさしく個々の「婚姻の安定」が問題とされることから生ずる。そして前者においては再び「離婚」と「婚姻の破綻」の同視がむしかえされる。「離婚を惹き起す最も重大な要素は離婚自体であるということが、ほかならぬカントベリー大僧正のような権威者によって最近述べられているが、もちろん大僧正だけが孤立してこの意見を抱いているわけではない。反対に、「離婚は離婚を生む」(divorce breeds divorce)という見解は、大多数の人々によって支持されているものと思われる。この命題の意味するところは、明らかに、離婚と事実上の婚姻破綻を同じものとみ、破綻に形式を与えてその後新たな結合が形成される手続たる離婚の利用が容易となることによって、事実上の婚姻破綻の発生も促進されるというにある」(Rheinstein, Marriage Stability. p. 20 比較離婚法の研究二〇四頁)。

このような立場においては、個々の婚姻の安定は「婚姻制度の安定」のためのものであり、後述のごとく、その内容(破綻)は問題とされない。婚姻制度を破壊するよりは、破綻した婚姻を維持(離婚の禁止・制限)するほうが社会の利益になるとする命題が出てくるゆえんである。しかしこれはすでに「婚姻の安定」ではなくて「婚姻の束縛」である。婚姻の安定は、婚姻の不安定(破綻)を前提として始めて現実的意味をもつのであり、ここでは「不安定の解消」すなわち「破綻の防止」が真の社会統制の目標となる。

「離婚が離婚を生む」がゆえに離婚こそは「婚姻制度」を破壊するとみる幻想に対しては、すでに古く、ウエスタ

「マルクがその大著の末尾にきわめて適切な反論を加えている。「離婚は婚姻の敵であり、もし離婚が容易に行われるとすれば、家族の制度それ自体に対して破壊的なものとなる、というのが広くゆきわたった考えである。この見解には賛成することができない。わたくしは、離婚は不幸に対する必要な救済手段であり、婚姻の名にふさわしくない結合に終止符を打つことによって、婚姻の威厳を維持するための手段である」とみる。婚姻の存在は法律に依存してはいない。本書の主題が正しいなら、すなわち婚姻が人工的な創作品ではなくて深く根ざした夫婦・親子の感情を基礎とした制度であるなら、婚姻はかような感情の続くかぎり続くであろう。そしてかような感情がもはや存在しなくなるならば、およそいかなる法律も婚姻を破壊から救うことはできなう」(Westermarck, *The History of Human Marriage*, 1921 vol. 3, p. 377 f. 青山道夫訳「婚姻と離婚」二六五頁)。この指摘は、婚姻が人類の自然の欲求に根ざすものであって、法的制度であるよりも社会的制度であって、容易に破壊されえないものであることをあきらかにし、婚姻制度について法の果すべき役割を示唆した点において、今日においてもきわめて有益である(「古代社会においては」離婚に対する法律上の制限がまったくないことが、婚姻制度または家族制度の破壊をもたらしはしなかった。婚姻制度も家族制度も、実はともに、法律上の制度であるよりも社会的制度であった。このことは、国家が両制度の規制のためにきわめて大きな役割を引受けている現代の社会についてすら同じである) Rheinstein, *Trends in Marriage and Divorce Law of Western Countries*, 18 *Law and Contemporary Problem* [1953] p. 7 比較離婚法の研究(一三五頁)。それはいくたび繰り返されようとも、これに対抗する偏見の強さを証明するにせよ、この指摘の真実性・正当性を減ずるものではない。ともあれ「個々の婚姻が破綻すると同じ意味で、婚姻の制度が破綻するといふことはありえない」(Lichtenberger, p. 15)。

現代における離婚の真の問題は、もはや観念的な婚姻の安定にあるのではなく、具体的な婚姻の破綻の防止にある。

では婚姻の安定すなわち婚姻の破綻の防止のための有効適切な方策はなにか。アメリカにおける過去七〇年に近い間のすぐれた離婚研究は、すべてこれをもとめる努力であった。かれらの見解は、すくなくとも右の目的のために離婚法の役割がけっして大きくないとする点で一致している。もちろん法の果す役割を絶無とみるのは、法の役割を婚姻制度の維持にもとめる見解と同じく、誤りであろう。しかし法の役割を過大評価することは、これを過少評価する以上に、正しくないことは確実である。一般的にいえば、離婚法は婚姻の安定に対して間接的役割を果しうるのみである。「病気になるいは貧困に対して直接的に立法をすることは、現在のところ明白に無益である。病気になる貧困を防止するため建設的かつ間接的な手段を用いるには、公衆衛生や公衆の福祉を改善し、公共サービスに対する信頼と敬意を増大させねばならない。この類推は離婚にもあてはまるはずである」(Lichtenberger, p. 18)。

婚姻の安定 (Marriage Stability) のための方策は、ラインスタイン教授の言葉を借りるなら、「現代の社会において婚姻の安定が真に維持され保護されるのは、さきに指摘したような方向に沿った離婚法、充分に機能を發揮するマリッジ・カウンセリングの制度、慎重に企画された家庭生活のための教育制度の組み合わせによってである」(Rehainstein, Questions about Japanese Divorce Law in General. Original Texts of Prof. R's Lectures, p. 58. 比較離婚法の研究一二三頁)。これは離婚問題に関して、婚姻(家庭)の破綻に対する有効適切な社会統制の方式について現在のところ与えうる唯一の回答であるといつてよい。これら三つの手段の有効適切さの度合は、列挙された順序の逆である。⁽³⁾一九五六年の第一回(法律国際協会)比較法国際会議の「家庭の安定を増進する直接・間接の法的手段の比較研究」部会に提出されたわずか二五枚の報告において (Marriage Stability and Law on Divorce) ラインスタイン教授は、この問題を余すところなく論じて、報告をつぎのように結んでいる。「すべてのハイスクールやカレッジにおける有効な家庭生活のための教育制度、容易に利用できるカウンセリング・サービスの組織、そして裁判所以外の専

問家による和解の機構を樹立することによって、われわれは實際に婚姻の安定を強化することに成功しうる。一切の「家事事件」を単一の家庭裁判所に集中すれば、裁判所以外の機関のカウンセリングによって婚姻の破綻をときには阻止しうる種類の事件を時宜に適切に発見することに役立つ。だがしかし、婚姻破綻の事件に関する形式化を裁判所の裁量の問題としたり、またそれを当事者が多方面にわたる治療ないし性格改造の処置を喜んでうけるということに依存させるといふような意味で、離婚実体法に変更を加えることは、徒勞におわるか受けいれられぬかのいづれかであろう」(Reinstein, *Marriage Stability*, p. 25 比較離婚法の研究 二二—二頁)。

(1) リヒテンベルガーは、離婚制度に対する諸種の改革提案を四種に分類する。第一は、離婚を国家悪とし、夫婦関係を権威服従の関係とし婚姻のサクラメント性を基礎にその非解消を主張するカトリックの反動の見解であり、第二は問題をまったく精神的なものにすりかえて、ひたすらに過ぎ去りし時代のモールの復活を主張する(古き皮袋に新しき酒を盛ろうとするおそろしく楽天的タイプ Poliyana type) 保守の見解であり、第三は前二者と対照的な急進の見解であり、自由恋愛(無責任な人々に)によって、若干の原始民族によって、少数の宗派「モルモン」によって行なわれたとはいへ、もともと空想的な思考、試験結婚のほか、リンゼイ判事の「友愛結婚」が有名である。友愛結婚は、合法的産児制限、無子の場合の協議離婚を伴い、原則として離婚給付を伴わない法律上の結婚であり、結婚の基礎をなす「友愛」の意思の存否の点で、前二者からは区別される(中川「Companionate Marriage—アメリカ現時の結婚不安に就いて—」妻妾論 二二〇頁以下、とくに二二八頁以下にかれの見解の要約がある)。ラッセルの言葉借りれば青少年の性関係のでたらめさに代えていくらかの安定を導入しようとしたこの賢明な保守主義者の提案は、アメリカ全土にわたって、合法化された肉欲への水門を開くものとしてごうごうたる非難をこうむり、青少年に罪の意識を与えるよりも、むしろその幸福を増進することに努めたという事実のゆえに、KKK団とカトリックの連合によって、公職追放という報酬を与えられた(Russel, *Marriage and Morals*, p. 129 ff.)。リヒテンベルガーは、リンゼイの友愛結婚論に前向きな議論の功績を認めつつも、かれのいわゆる科学的アプローチにもとづく第四の建設的見解を提案する。その骨子は、問題の根本として、第一に、結婚が永続的しかし変化する人類の必要に立脚する発展的な社会制度であることを認識すること、第二に、現代の生活において現に生じている問題の本質に対する正しい診断の必要性、第三に、問題を解決しうる万能薬はないという事実の明白な認識、第四に、間接

的なアプローチ方式の適用、諸結果よりはむしろ諸原因に対して手をつけることであり、以上の四つの基本的見地にもとづいて、具体的には、第一に婚姻の完全な解体における「救済手段としての離婚」という烙印の廃棄——すなわち、離婚原因の自由化、スキャンダル公開の役割を果す離婚手続の改善、別居制度の廃止、一種の恐喝である婚約破棄訴訟の排斥、もうかる追はぎ遊びのような離婚給付の嚴重な制限——が「制度的調整」として、第二に消極的倫理（“thou shalt not's”）に代えてむしろ積極的な行動の統制の要求——家政処理（household management）よりは婚姻の技術（the art of marriage）の指導（housework から homemaking）——、そのために子供のときからはじめるべき、自己充足を抑制のない個人主義によつてではなく協同的適応によつてもとめることを教える長期にわたる教育計画が「個々の婚姻の〔安定のための〕調整」として、第三に婚姻の破綻に影響をおよぼしている数多くの社会的経済的諸要因の不断の改善が新しい觀念にもとづく結婚をよりよく調整する「環境調整」として提案される。かような調整は長期にわたり、早急の成果を期待するのは無理であるが、およそあらゆる制度に完全無欠の解決策なるものがない以上、離婚制度もまたこの途を歩むほかにないというのがかれの結論である。Lichtenberger, pp. 429~451.

(2) 「社会制度はいつの時代にも、……集団の支配的モールの具体的形態である。Carl Kellogg 教授によれば、四つの大きな基本的制度は、経済的・政治的・家庭的・宗教的の制度である。これらは自己保存、集団保存、種族保存、靈魂保存という主要な利益に立脚する。これらは「あらゆる民族の間にまたいかなる所にも」(among all peoples and everywhere) 見出される。これらの利益あるいは必要の存続するかぎり、これらに立脚する諸制度の永続には疑問を生じない。もつとも、これらの必要が不変の形態において存続するのではない。それらはその発現形式において時代とともに変化するし、これは同時に制度の変化を要求する。

……制度は、それによつて標準化と統制が行われる制度的諸現象の根柢に存在する諸条件の変化に由来する圧力との接触とおしではじめて変容をうける、……これらの変化は、それが革命的なものでないかぎり、既存の秩序を脅すものではなく、単に必要にして相應の変化を漸次的に制度にもたらすにすぎぬと思われる。革命の場合であつても、単にある形式から他の形式への交代があるだけであり、制度そのものは継続しているのである。Lichtenberger, p. 420 f.

(3) 「争いを法律的に取り扱つてみても、その根柢にひそむ問題(当事者相互に相手方の要求を理解すること、反応を制御すること、互に相手の欠点に適應して行くこと)を不要とすることにはならない。むしろ逆に、法律の援用は、間違ひなく不和を悪化させる」(ブリッジマン「婚姻関係事件当事者に対する家庭裁判所のカウンセリング」家裁月報一五卷六号三頁)。わが国の家庭裁判所の手続すらもこのおそれを含む。とくに親族、仲人、顔役などによる伝統的紛争処理方式を省略した場合にそうである。

THE HOKKAIDO LAW REVIEW

Vol. XVI No. 1

SUMMARY OF ARTICLES

Divorce and the Legal Control (1)

Masao YAMAHATA

Prof. of Civil Law
Hokkaido University

This essay will address itself to the problem of divorce law as a means of social control. The question is: what is the aim of divorce law as a social control—maintenance of the marriage institution in the name of the “marriage stability” or the prevention of de facto marriage breakup as a social phenomenon, and to what extent can divorce law be effective for that aim.

This part is a preliminary description to this problem and deals with: (1) what is the best divorce law? (2) divorce and marriage breakup (3) marriage stability and the prevention of marriage breakup. For the chief contents of this part the writer is indebted greatly to the excellent works of A. F. Howard, J. P. Lichtenberger, K. N. Llewellyn and M. Rheinstein, with some recent family researches in the America.