

律令制下における精神病離婚

渡辺 俊三
小口 雅史

一 序

精神病離婚は、日常の精神科診療でしばしば経験する。その際、医学的検討はなされるが、法律的検討は十分とはいえない。

精神病離婚は、明治民法制定当時、破綻主義の意見も出されたが、有責主義が採用され、現民法でも、純粋な破綻主義が採用されたわけではなく、破綻主義を原則としながらも、有責主義をもってその限界を画しようとし、精神病離婚の解釈では、有責主義と破綻主義との具体化が問題となった。そこで現実の処理(判例)ではどうかということ、⁽¹⁾「精神病離婚の判例による検討」をかつて行なったことがある。

次にこうした問題説明の手がかりとして、歴史をさかのぼって、古代の律令制度下における離婚制度、とくに精神病離婚はどのような位置付けがなされていたのかを通過し、現行の制度との対比を可能にしようと考え、つまり今回は、日本最初の体系的法典である律令制度における精神病離婚について検討することになる。

二 律令制度とは⁽²⁾

日本の律令は、中国のそれを模範として制定された日本最初の法典である。形式的には、明治新政府の成立期まで維持されるが、特に古代社会にあつては、その政治・生活・思想等に大きな影響を及ぼした。律令制度は日本の前近代社会にあつては、すぐれて高度な体系性と統治技術を含むものであつて、日本史上きわめて早熟的な国家を生み出すことになった。といふのは、中国の支配層が、春秋戦国時代以来の長い歴史の過程において、支配民族の交替をも含む激しい闘争の経験から生み出した普遍的な統治技術の結晶である律令を入手し、それを手本として自身の律令を編纂するという幸運にめぐまれたからである。もちろん如何に律令が世界的な普遍的な法典であつたとしても、日本の伝統的社会で形成されてきていた固有法の要素を捨て去ってしまったわけではない。日本と中国の律令を比較してみると、特に令制において、随所に日本の社会の実情にあわせた改変の跡がみられるのである。しかしやはり基本的に、特に本稿と関わる家族制度等においては、中国の儒教的色彩の濃厚なものとなつてゐることは確かであろう。

なお律令の律は刑法、令は行政法・民法に相当し、犯罪と刑罰に関する規定はほとんどが律に収められている。すぐれた体系性をもった律は、当時の日本では自作することは不可能に近く、ほとんど中国のそれを模倣している。そこには強権による嚴罰主義と儒教的な人民教化の徳治主義とが強く現れているといえよう。

三 律令制下の離婚法⁽³⁾

律令制下の離婚には、A夫の意思によるもの、B当事者の合意によるもの、C道徳的な名教維持のために強制させられるもの、D妻よりするもの、の四種類がある。

Aは「棄妻」「放妻」等と呼ばれる、いわゆる無宣告離婚、追出し離婚である。もつとも通い婚とか住み婚とか呼ばれる当時の婚姻形態から考えれば⁽⁴⁾、成婚後も夫婦が同居していない例はかなりあったものと思われ、追出し離婚という表現は必ずしも適当ではない。養老戸令28七出条では、夫による一方的離縁が可能となる七つの条件（七出）と、付帯条件・例外規定等が定められている。

七出とは、①「無^レ子」②「淫^レ洩」③「不^レ事^ニ舅姑」④「口舌」(法意はおしやべり)⑤「盜^レ竊」⑥「妬^レ忌」⑦「惡^レ疾」の七条の妻の落度をいう。これらは中国古来の礼制に由来するものであるが、中国でも②③

以外は実際上はほとんど問題にされていなかったらしい。①の子とは、古記以下の令の注釈書によれば、男子をさすといひ、さらに子なしと認定する年齢が五〇歳という説もあるくらいであるから(戸婚律40疏)、単

に婚姻の目的が家の継続にあることを確認したにすぎないし、⑥も、夫が妾を娶つて子孫の繁殖を謀ることを妨げるということに主眼がある。

なお七出について、大宝令では⑦の惡疾を除く六出であったという有力な仮説がある。とすれば、これは大宝令制定者による積極的な中国令の改定例となる。もつとも大宝令施行期間において、七出とする例もあるから、養老令施行以前に、中国風に七出に改められていた可能性が高い⁽⁵⁾。

七出のいずれかに該当した時は、祖父母父母の同意を得た上で(戸令29先由条)、夫が「手書」と呼ばれる離縁状を作成し、本人と近親の署名を添えて官司に提出した⁽⁶⁾。

ただ七出には例外があり、②⑦を除き、三不去ある場合には、離婚原因とはなしたがたかつた。三不去とは、既に舅姑の喪を果していること、婚姻後夫が出世したこと、妻が帰る家が無いこと、の三つである。

Bの当事者の合意による協議離婚は「和離」と称せられ、夫婦の官司への申請によつて成立した。唐戸婚律41義絶離之条には、夫婦が「相安諧」しない場合には自由に申請しうるよう規定されている(日本律は該当部分不明)。

Cの強制離婚は「義絶」と称せられ、婚姻前に情交が存在した場合(戸令27先奸条)、結婚当事者が相手方の近親者に殺傷を加えた場合、双方の親族間で殺害が行われた場合、妻が相手の尊属を罵つた場合、妻が夫を害せんとした場合(戸令31毆妻祖父母条)等には、国家が強制的に離婚させることになっていた。これは名教維持のための一種の付加刑であるから、それに違反して離婚しなかつた時には、杖百の刑に処せられた(戸

婚律41逸文)。

戸令27条の規定などは、婚姻の礼によらない男女の情交を一切認めない中国的礼の觀念に基づくものであつて、日本の実態とあつていなかつたはずであるが、ここにも中国的な家族道徳や礼の秩序を樹立しようとする為政者の意図がみてとれるようである。

Dの妻よりする離婚とは、男性側の事故によるもので、婚約後結婚前のケースでは、三ヵ月たつても正当な理由無く結婚式が行われない場合、本籍地を逃亡して一ヵ月たつても帰らない場合、あるいは外国において失踪し一年を経過した場合、徒罪以上の罪を犯した場合に、結婚後では、夫が外国で失踪して三年(子が無い場合)ないし五年(子がある場合)、国内で本籍地を逃亡して二年(子が無い場合)ないし三年(子がある場合)に、妻からの離婚が認められていた(戸令26結婚条)。

以上を通過してみると、日本古代において精神病離婚が可能であつたかどうかについては明証が無いようであるが、ただ七出のうちの最後の悪疾に関連して、精神病が同様の扱いを受けていた可能性があろう。そこで次に、律令法における精神病の扱いについて検討してみることとする。

四 悪疾と狂

日本律令においては、戸令7目盲条において、有疾者をその障害の程度によつて残疾・廢疾・篤疾の三等級に分ける規定があり、それに応じて賦役令・獄令・選叙令等で、刑法・税法上の特典や、救恤制度、ある

いは管理任用上の制限ないし資格喪失等が定められている。⁽⁷⁾ 現民法の責任無能力者、限定責任者に類する概念があつたのである。

そのうちもつとも重い身体障害である篤疾に、悪疾と癡狂とが含まれている。篤疾の場合は、戸令5戸主条の規定によつて不課(税金全免)であり、さらに戸令11給侍条の規定によつて侍丁(看護人)一人が充てられた。また名例律30七以上条によれば、篤疾は、叛逆と殺人を犯して死刑に処すべき時も上請する必要があり、盗と傷人は贖銅によつて実刑を免れ、それ以外の罪は原則として一切不問に付されることになつていた。また断獄律6議請減不合拷訊条によれば、裁判においても拷問を受けず、獄令39禁囚条によれば、收監の際も特別の刑具を付ける必要が無かつた。

悪疾については、戸令7条の注釈書に的確な説明がある。即ち義解は「白癩也。此病、有虫食^レ人五藏。或眉睫墮落、或鼻柱崩壞、或語声嘶变、或支節解落。亦能注^レ染於傍人。故不可与人同床也。癩或作^レ癘」とし、令积は「遍身爛灼、体上無皮、毛髮凋零、指節自解、(中略)唐称^二病癩^一者、恶疾别名耳」とするから、悪疾が癩病であることは明らかである。義解が癩病の伝染することを注記しているが(大宝令の注釈書で、現実に即した解釈をすることで定評のある古記も同様)、これは明法家が手本とした隋唐の医学書には見えない記述で、日本の明法家独自の記述らしい。⁽⁸⁾ 悪疾の場合は、前述した篤疾としての特典や官職上の制限の他に、女性の場合は、前章で触れた七出の条件に該当するわけであるが、これらは伝染防止という観点からというよりは、限定能力観に立つ規定と見られており、律令上は特に伝染防止の措置がと

られていたわけではないらしい。

同じく篤疾に分類された癡狂については、やはり戸令7条の注釈中および選叙令23癡狂酗酒条（癡狂酒乱経験者等を天皇近侍の侍衛官に任命しないという規定）に諸説が見える。癡狂で一語と見るか、癡と狂とで二語と見るかという、明法家が好んで行う注釈上の意見の対立が見られるが、主流は癡と狂とを区別する学説である。義解はそれを、「癡者、発時仆^レ地、吐^レ涎沫^一、无^レ所覚也。狂者、或妄触欲^レ走、或自高賢、称^二聖神^一者也」と説明する。つまり癡とは癡癡、狂とは精神異常の意である。ただ癡狂との連語は早く中国の内経の癡狂篇に見え、和名類聚抄や伊呂波字類抄などの字書類も癡狂で一語として「ものくるひ」等の訓を付しているから、癡狂で狂人の意に使われていた可能性も高い。⁽⁹⁾篤疾認定は課税に関わるから、戸籍・計帳には必ずその記載があるはずであるが、正倉院文書中の戸籍類を見ると、一般には「癡狂」と記載され、癡と狂とを区別しないようである（天平五年右京計帳手実に癡とだけ記された例が一つある⁽¹⁰⁾）。やや時代は下るが沙石集第三に「癡狂ノ病アル男子」の説話が見え、ここでも癡狂は一語で使われている。

いづれにしろ精神病者が、癡病患者とならんで、もつとも重度の身体障害である篤疾扱いの中心であったことは確かである。若干の差異はあるものの、両者はほぼ同様の扱いを受けていたといつてよいであろう。

五 離婚法の実効性と精神病離婚の可否

第三章でも触れたように、戸令の家族に関する規定は、為政者が中国的な家族道徳や礼の秩序を樹立しようとして、意図的に中国の令をそのまま継承した部分が多く、古代日本の実態とはかなりかけはなれていた可能性が高い。未婚男女の情交が比較的自由で、また離婚も比較的自由に行われていた古代日本の社会にあつて、戸令の婚姻関係規定をそのまま杓子定規に適用することは困難であつたらう。夫の無宣告離婚・追出し離婚といつても実際に追出される恐れがあるのは男性側なのである。

しかしこれらの法規が全くの空文でもなかつたことは、当時の代表的文化人である大伴家持が、律令の離婚条規を引用して下僚の浮気を警戒したという著名な例もあり（万葉集卷十八）、貴族層の知見・思想に相当な影響を与えていたようである。⁽¹¹⁾

もつとも中国でも、七出の内、淫泆と不事舅姑以外は実際に問題とならなかつたらしい。むしろ一概に本人の責任とはいえない悪疾などは、人道上の理由から特別扱いされたことすらあり（宋淳祐戸令には「妻犯七出内悪疾^一而夫不^レ忍^二離棄^一者、明聽^レ娶^レ妾、昏如^二妻礼^一」⁽¹²⁾と見える）、大宝令が七出から悪疾を除いて六出としたとすれば、そうした人道主義的な見地になつての改正であつた可能性もある。⁽¹³⁾しかし養老令は逆に悪疾を三不去の適用対象から外しており、前述したように養老令施行以前から七出規定が存在したことは確実であるから、やはり悪疾は離婚条件として重視されていたと見るべきであろう。とすれば、前章で論じたように、悪疾とはほぼ同様の扱いを受けていた癡狂即ち精神障害も、

七出内の悪疾の規定を準用して、棄妻の条件として成立していた可能性は高いものと考えられる。日本古代にあつても精神病離婚は成立したといえるのではないか。

なお有責主義、破綻主義については、史料がほとんどないが、律令法的には有責主義、実際の社会にあつては破綻主義的であつたと見ることができるともかもしれない。

註

- (1) 渡辺俊三「精神病離婚——判例による検討」(五所川原市立西北中央病院医誌四—一、一九九二年)。
 - (2) 井上光貞「日本律令の成立とその注釈書」(『律令』岩波書店、一九七六年)、吉田孝「律令国家と古代の社会」(岩波書店、一九八三年)他参照。
 - (3) 三浦周行「古代親族法」(『法制史之研究』岩波書店、一九一九年)、布施彌平治「七去考」(『民法学の諸問題』日大、一九六二年)、利光三津夫「日本古代法制史」(慶応通信、一九八六年)、日本思想大系3「律令」(岩波書店、一九七六年)他参照。
 - (4) 高群逸枝「招婿婚の研究」(講談社、一九五三年)。
 - (5) 坂本太郎「大宝令養老令異同二題」(国史学七六、一九六八年)。
 - (6) 中国では、敦煌文書中にその実例があることが知られている。ただしいづれも七出を事由とはしていない。家内労働力という観点から、夫による放妻は、農民の間では非現実的であるとされている。
- 仁井田陞「支那身分法史」(東方文化学院、一九四七年)。同「中国

法制史研究(奴隷農奴法・家族村落法)。(東大出版会、一九六二年)。

- (7) 利光三津夫「我が古代の救恤法」(政治公論一四、一九五五年)、同「律令身体障害者保護法の実施」(東洋法学二—一、一九五九年)、新村拓「狂について」(『日本医療社会史の研究』法政大学出版局、一九八五年)等参照。

- (8) 新村拓「古代の癩病をめぐる」(科学医学資料研究六三、一九七九年)。

- (9) 日本学士院日本科学史刊行会編「明治前日本医学史」一、(日本學術振興会、一九五五年)。

- (10) 新村註(7)前掲論文参照。

- (11) 利光註(3)前掲書。

- (12) 仁井田陞「唐令拾遺」(東方文化学院、一九三三年)。

- (13) 坂本註(5)前掲論文。

(渡辺||弘前大学医学部神経精神医学教室)
(小口||弘前大学人文学部助教授)