

資 料

スコットランドの家族法(1)

J. M. ト ム ソ ン

早稲田大学スコットランド家族法研究会 訳
(代表 黒木 三郎)

'Family Law in Scotland'

J M Thomson LLB
Professor of Law
University of Strathclyde

Butterworth 1987

目次

はじめに〔省略〕

序論

第1章 結婚

婚約

婚姻の形式的手続

正規の婚姻—正式の婚姻

正規でない婚姻

第2章 法律上の婚姻障害—無効な婚姻と取消しうる婚姻

序論

無効な婚姻と取消しうる婚姻

婚姻能力

瑕疵ある合意

取消しうる婚姻—不治の〔性的〕不能

〔凡例〕

- (1) 原文中のイタリック体の文言は、《 》形括弧で示した。
- (2) 原文中、‘ ’を付された部分は、「 」形括弧で示した。
- (3) [] 形括弧は、文意の理解のため訳者が挿入した部分を示す。
- (4) 「はじめに」及び原註は、紙数の関係上、省略する。

以上本号

三三三

訳 者 ま え が き

スコットランドの家族法は、イングランドのそれとは多くの点で異なっている。もとよりスコットランド社会の家族慣習が、イングランドとは、その歴史的事実が相異なるため法もまた同一に論じ、制定され且つ判決されることはなかった。夫と妻、父と母、親に対する子の権利等に関して、現代家族法が完全な平等を志向し、離婚した妻に対する財産上の権利と子の保護を強化することを目指している限り、スコットランド法は最近急速に進歩した。とくに1986年には、非嫡出子の法的地位を嫡出子と同等にする立法に成功したし、また離婚による経済上の給付を私法上確保するための法改正もおこなわれた。これらの改正作業はスコットランド法委員会の成果である。しかし同時に、1968年ソーシャル・ワーク法における児童の聴聞制度は、少年犯罪者を含めた子の福祉を増進する目的で設置されたし、また今日なおファイナー委員会は、貧困な単親家族や破綻した夫婦間の子に財産上の給付を確保する改善を考慮している。今日、スコットランドにおいても、四組の婚姻中一組は離婚に終る、といわれている。曾って、宗教的戒律の厳しかった家族慣習法は、近時における伝統的家族の崩壊する実態に相応した法改正を急速に進めている。本書は、スコットランド家族法を簡潔に括めた標準的なテキストである。そして、本書の訳出は次の八名を構成員とする研究会が相互に点検しつつ当たったが、その責は代表者が負う。黒木三郎、大野秀夫、大橋憲広、沢田裕治、大野博実、前川佳夫、塩谷弘康、森本敦司。

序 論

以下の簡単な序論において、議論を敷衍するために取り上げられた問題の選択を説明し、今日の家族法の最も重要な諸特徴のいくつかの基礎にあるポリシーを検討してみたい。

18世紀の末以降、核家族がスコットランドでは家族の基本単位になっている。核家族は、性関係をもつ男女とその子とから構成される。ふたりの関係から相互の法的な権利義務が発生するに先立ち、通例彼らは結婚していなければならない。さらに重要なことには、彼らの関係が破綻した際、離婚にもとづく経済上の給付 (financial provision) の形で法が彼らの所得と資産を規制するのは、ふたりが結婚していた場合に限られるということである。同様に、配偶者——同棲者ではない——は、死亡した配偶者の財産の一定部分の相続にかんして重要な法的権利を有する。

資料の上では、相当数の男女が今日婚姻外の安定した性関係の中で暮らしているとはいえ、大多数の男女は結局のところ結婚する。したがって、夫婦の法は依然として基本的な重要性をもっている。しかしながら、結婚していない男女（同棲者）も、特に彼らの関係が破綻した際には、既婚の男女と同様の問題に直面することをスコットランド法は認め始めた。同棲者の法的身分を創設しようとの取り組みが何らなされない一方、立法府は同棲者に特定の事項、たとえば彼らが現に居住しているか、もしくはこれまで居住していた住まいの居住にかんして一定の権利を与えている。

婚姻はスコットランド家族法においてその基本的重要性を持ち続ける一方、婚姻《期間中》の両配偶者にとって婚姻は法律上の意義をほとんどもたないことが留意されるべきである。19世紀後半に至るまで、女性は多くの重要な権利、たとえばその財産についての権利を婚姻によって喪失した。それ以来、法は契約、不法行為、そして財産といったさまざまなことについて、両配偶者は結婚していないかのごとくに扱われると規定することによって、配偶者間の法的な平等を達成することに努めてきた。だが、法的平等性は達成されたかもしれないが、当事者が結婚しているという事実を無視する法原則の適用は、特に財産問題にかんして不自然かつ不正な結果へと導く。その結果、最近の法改正は、両配偶者が結婚しているという事実を考慮に入れた、配偶者についての特則を導入した。

当然ながら、婚姻は現在も引き続き配偶者の権利と義務とを生じさせるもとである。配偶者——同棲者ではない——は婚姻期間中互いに扶助する（扶養する）義務を負う。そのうえ、子を懐胎した時点、もしくはその後、両親が結婚した場合は父親は自動的にその子に対する親権をもつ。つまり、ふたりが結婚しない場合は、1986年（スコットランド）（親子）法改正法にしたがい父親が親権を取得しない限り、子の母親だけが親権をもつことになる。しかし、婚姻の最も重要な法的帰結は、その婚姻が離婚に終わる場合に、裁判所は両配偶者に対して経済上の給付の裁定を下すことができるということである。

裁判による離婚は、1560年の宗教改革以降スコットランド法においては可能になったが、離婚がスコットランド社会の一般的風潮となるのは今世紀に入ってからのものであった。その理由は複雑である。1938年（スコットランド）離婚法までは、離婚事由は被告の姦通または遺棄に限られた一方、離婚に対する宗教上の非難もまたかなりの抑制力として働いたに違いない。20世紀におけるスコットランド社会の世俗化の進行、二度の世界大戦という社会の大変動、および性関係における自己充足の強調の結果として、離婚は今日のスコットランドにおいて社会的

認知を受けるに至った。法は、より容易な離婚への要求に対して、回復の見込みのない婚姻の破綻という、少なくとも理論的には無責の原則に立脚した制度の導入で応えてきた。スコットランドでは今日、4組の婚姻のうち1組は少なくとも離婚に終わるとみられている。離婚した者がしばしば第二の婚姻関係に入ることからすれば、われわれは今日、連続する複婚 (serial polygamy) があたりまえの社会に生きていると、さして皮肉ではなしに言えるのである。

離婚率がこれほど高いとすれば、夫婦の所得と資産を離婚後に公正な仕方でも再配分できる経済上の給付制度を法が規定することは極めて重要である。1964年まで、離婚は司法上の死として扱われた。すなわち、経済上の給付は被告を死亡したかの如く扱い、被告の財産に対して配偶者であればもったであろう法律上の権利を原告に与えるという形式をとった。この制度は、請求を審理する裁判官に当該状況において正当と思われる経済上の給付裁定を下す裁量権を与える別の制度に置き替えられた。この制度には長所たるべき柔軟性よりも結果として惹起された不確定性に大きな問題があった。近年、はるかに洗練された制度が導入され、個々の婚姻の状況に応じて与えられるべき経済上の給付を決定するのに用いられる一連の原則が定められた。これによって、提起されるかもしれない訴訟の結果に、より大きな確定性が与えられ、しかも配偶者やその法律顧問は法廷に訴えることなく和解を交渉できるようになるに違いない。

現行離婚法は当事者が法の介在を最小限にとどめて婚姻を終了させることを阻止する複雑さの故に批判されよう。他方、経済上の給付にかんする法改正は、訴訟の結果の確定性の増大によって、当事者やその法律顧問が以前より頻繁に和解に達することを可能としよう。現代家族法は、婚姻が破綻した際にもちあがる財産その他の問題を夫婦が訴訟に依らずに解決できるよう助長すべきであり、それにより乏しい法律扶助財源 (legal aid resource) を少しでも節減すべきであることが一般に認められている。スコットランド法は目下のところ、上述のことを限られた範囲でおこなっているにすぎず、筆者の見解では、離婚事由はより簡略化されるべきであり、財産、経済上の給付、子の監護等の問題で夫婦が合意に達するのを促進するため、調停の部門により力が入られるべきである。

婚姻は依然として同居する男女間の法的規制の条件であり続ける一方、スコットランド法はつねに、たとえ婚姻していなくとも、両親はその子に対して義務を負うことを認めてきた。しかしながら、子がその両親——およびより遠い親族——に要求しうる権利の範囲は何世紀もの間、子が嫡出であるか否かに依っていた。子は両親の婚姻期間中に懐胎もしくは出生すれば嫡出子である。今世紀を通じて、

漸次的な諸改正が非嫡出子の法的地位を緩和し、そして1986年(スコットランド)(親子)法改正法の結果として、非嫡出子の法的地位は若干の些細な点を除けばあらゆる面で嫡出子のそれと同等になった。しかし、非嫡出子は嫡出子に比べ片親家族の一員である場合が多いことからして、非嫡出子は貧しい経済環境に由来する社会的不利益を被ることが多い。

両親は子に対して義務、たとえば扶助義務を負う一方、子の保護と養育にかんする重要な諸権利を享有する。これら親権の性質と範囲は、現代家族法上の最大の争点の一つである。特にいつ親権は終了し、また、子はいつ避妊や〔中絶の〕医療上の処置といった重大問題に自己の決定を下す自由を主張できるのかが問題となる。現代スコットランドに適切な判例はあまり多くはなく、筆者が採用したアプローチも慎重に用いられねばならない。

離婚が一般的であることを考えると、子の監護は現代家族法にとって重要問題である。スコットランド法は、監護をめぐる紛争解決の基準として福祉原理を採用してきた。しかし実際には、裁判所は離婚に先立ち《事実上 de facto》効力を生じた監護の取決めを害すことを好まず、それゆえ、《先行する状態 status quo ante》を維持する結果になっている。すなわち、そうすることが一般に子の利益に最も適っていると考えられているわけである。かくして、監護にかんする法は両親自身による子の監護の自己規制を単に補強するにすぎない。婚姻が破綻した際、大多数の場合母親が子の監護権を《事実上》もつがゆえに、福祉原理を適用する際に、裁判所により現在承認されている《現状》の維持は、子の保護は本来母親の責任であるとする伝統的な見解を強化するものである。

現代社会においては、家族が機能不全に陥った際危険にさらされる子の保護にかんして国家が決定的な役割を有する。国家機関はかかる事態に介入する一定の権限及び義務をもつ。また、1968年(スコットランド)ソーシャル・ワーク法により導入された児童の聴問(children's hearing)の制度も存在する。この制度は、聴問が保護手続だけでなく、少年犯罪者にも関係する点で注目に値する。福祉に基礎を置く制度の危険は、当然ながら、次の点にある。すなわち、家族から引き離すことがその子の福祉にとって望ましいと考えられる場合、子を養育する親の一応の権利と、自分の家庭環境のなかで養育されるべき子の一応の権利とに十分な考慮が払われない、という点である。したがって、きめ細かい比較衡量がなされねばならず、また保護手続において両親と子のそれぞれの権利に相応の配慮が払われるよう、手続上の保障が存しなければならない。

今日のスコットランド家族法の最も顕著な特徴の一つは、その法律の多くがゴ

く近時のものであるということである。たとえば、ここ数年の間に、離婚による経済上の給付と非嫡出子とにかんする全面的な法改正がおこなわれた。この改正は、今日のスコットランド社会の要求に対応できる家族法制度をスコットランドに準備するため広範な責任を負ったスコットランド法委員会（Scotland Law Commission）の仕事の成果である。しかし家族法は、スコットランドにおいて家族が現在直面する社会病理全ての万能薬ではありえない。とりわけ、片親家族の経済上の要求は私法制度によって解決されない。ファイナー委員会（Finer Commission）の勧告するように、片親家族に対して事前の資産調査抜き給付（non-means tested benefit）を採用するに足る十分な財源が確保されたときはじめて、その貧困の原因が就中婚姻の破綻にある家族の境遇に著しい改善がみられるであろう。

第1章 結 婚

婚 約

男女は結婚以前に一定期間婚約しているのが通例である。コモン・ローでは婚約は一種の契約であって、不当な婚約不履行は損害賠償訴訟を発生させた。損害賠償は、たとえば、結婚式の準備費用のような婚約違反から生じる金銭上の損失に対する賠償だけではなく、善意の当事者の害された感情や傷つけられたプライドを償うための《慰謝料 solatium》をも含んだ。スコットランド法委員会は婚約違反訴訟は20世紀後半には時代遅れのものになってしまったという見解を採り、廃止を勧告した。

1984年（スコットランド）（夫婦）法改正法第1条第1項は次のように宣言している。

「婚姻の約束も、ふたりの間での相互の婚姻の合意も、スコットランド法のもとではいかなる権利または義務をも発生させる効果をもたない。そのような約束もしくは合意の違反に対する訴訟は、たとえ法がその約束もしくは合意に適用できるとしても、スコットランドのいかなる裁判所にも提起できない。」

この規定の範囲は広い。第一に、婚約はもはや法律上強制できる契約ではない。したがって、婚約違反にかんするいかなる契約上の救済方法ももはやスコットランドの裁判所では審理されない。第二に、結婚の約束もしくは合意はスコットランド法においていかなる権利も義務も発生させないと規定することによって、この条項は婚約違反から生じる不法行為責任を排除する。たとえば、ある男性が故意に嘘をついてある女性と結婚する約束をした場合、その女性には悪意不

実表示にもとづく不法行為でその男性を訴える権利はないであろう。したがって、イングランドのこれに相当する法律では結婚の合意が契約として効力を発するのを妨げるにすぎないと異なり、1984年(スコットランド)(夫婦)法改正法は、契約上の救済と同様、不法行為上の救済をも禁止している。

1984年法は婚約者間に起こりうる財産上の争点のいかなるものにも正面からは取り組んでいない。婚姻がなされない場合、財産上の紛争、たとえば婚姻を見込んで購入した家屋の所有権をめぐる紛争に財産法上の一般準則が適用される。しかし、ふたりが結婚した場合、婚約期間中に家族の住居として使用するために取得された、もしくは住居内で使用されるべく取得されたいかなる財産も、離婚による経済上の給付については夫婦財産とみなされる。

婚約者間の贈与についての特別な財産法上の準則はない。たとえば、誕生日のプレゼントのように贈与が無条件でなされたのであれば、婚約が破棄されてもそれを返還する必要はない。婚姻を行うことを明示または黙示の条件として贈与がなされた場合には、その条件が履行されなければそれを返還しなければならない。そして贈与者はその財産を回復するために《原因があたえられたが、その原因が生じなかったことを理由とする不当利得返還請求訴権 *condictio causa data causa non secuta*》を用いることができる。

イングランドの場合とは異なり、なんら婚約指輪の贈与にかんする明文の規定はない。あるシェリフ裁判所の事例では、婚約指輪の贈与は無条件でなされると判示されたが、別の事例では婚姻が行われなかったとき——贈与者が不当に婚約を破棄したのではない限り——指輪は返還されるべきであるとされた。第三の可能性としては、婚約指輪は婚姻がなんらかの理由で行われないうときは返還されるという黙示の条件付きで贈与されるという解釈である。婚約は現在その当事者になんらの法的な権利も義務も発生させないので、婚約指輪が無条件の贈与であると推定されたならば、それは1984年法の趣旨に一致していると考えられる。しかしこの推定は、婚姻が行われなかったときには指輪が返還されるという条件付きで贈与がおこなわれたという証明により反証されうると考えられる。

ふたりが第三当事者から婚約祝いを受領する場合、婚姻が行われないうときにはそれらは返還されるべきであると考えられる。

婚姻の形式的手続

当事者が婚姻能力をもたず、また婚姻がその婚姻の挙行地の法が要件とする形式的な手続にしたがわなければ、婚姻は有効とはならない。本節では、スコット

ランドにおいて挙行される有効な婚姻の形式的要件について論ずる。スコットランド法は婚姻について二つの可能な方法を認めている。すなわち、正規、あるいは正式の婚姻、および正規でない、あるいは正式でない婚姻である。

正規の婚姻——正式の婚姻

正規の婚姻の形式的手続にかんする法は、1969年キルブランドン委員会報告書(Kilbrandon Committee's Report)の主題であり、そしてその委員会の勧告を考慮して、1977年(スコットランド)婚姻法によって根本的に変更され、簡略化された。

スコットランドには民事による挙式と宗教による挙式の二つの種類の正規の婚姻がある。しかしそのいずれかの挙式を行う以前に、当事者は一定の民事上の予備行為にしたがわねばならない。

民事上の予備行為

(i) 婚姻の通知

スコットランドにおいて婚姻を挙行しようとする当事者の各々は、それが宗教による挙式であろうと民事による挙式であろうと、その婚姻が挙行される登録地区の地区登録官(district registrar)に対して婚姻意思の通知——婚姻通知——を提出しなければならない。当事者のいずれかがその登録地区どこるかスコットランドに居住している必要もない。しかし、当事者の一人は民事による挙式のための準備を終えるために、あるいはそれに代わるものとして、宗教による挙式のためのマリッジ・スケジュール(marriage schedule)を受け取るために出頭しなければならないので、実際には当事者の一人は挙式の日以前にスコットランドにいないなければならない。

婚姻通知には所定の手数料と婚姻通知を提出する当事者の出生証明書が添付される。いずれかの当事者が以前に結婚していたことがあり、その婚姻が解消されているときは、離婚判決もしくは無効確認の写しを提出しなければならない。同様に、当事者のいずれかが寡婦または寡夫であるときは、以前の配偶者の死亡証明書を提出しなければならない。当事者の一方が外国に住所を有するときは、その当事者が住所を有する国の所轄官庁が発行した証明書を「可能ならば」提出しなければならない。その証明書は、その者が「(その国の法にてらして)結婚の妨げになるいかなる法的無能力にあるとも認められない」と記したものである。これは〔婚姻〕能力証明書(certificate of capacity)として知られている。

婚姻通知の受領の際に登録官は婚姻通知簿に次の所定の事項を記入する。すな

わち、当事者の氏名、住所、婚姻上の身分、生年月日、申出のあった婚姻の日付である。当事者の氏名——住所は含まない——および申出のあった婚姻の日付は、その後、登録所の「人目につきやすい」場所に掲示される。

予定された婚姻に対して異議を申し立てる理由があると主張する者は、婚姻通知簿の婚姻にかんする記入事項を縦覧することができる。婚姻に対する異議は地区登録官に書面で提出されなければならない。その異議が、たとえば当事者の年齢の誤りといった些細な事項にかんする場合、地区登録官は当事者に通知後訂正することができる。しかしその異議がいずれかの当事者の婚姻能力に対するものである場合、たとえば、その一方が既に存続中の婚姻の当事者であると申し立てられた場合は、地区登録官は身分登録庁長官（Registrar General）に通知しなければならない、マリッジ・スケジュールの完成もしくは発行は身分登録庁長官によるその事項の取調べが終わるまで見合わされる。取調べの後、身分登録庁長官が法的な障害がないことを得心したならば、地区登録官に通知し、その婚姻は再び先へと進められる。しかし、法的な障害があるならば、身分登録庁長官は地区登録官にその婚姻が行われないことを確実にするすべての相当な措置を講ずるよう指示しなければならない。

異議がなされ、それに続いて何らかの取調べが行われるには、十分な時間がなければならないことは明らかであろう。通例、婚姻通知の受領から民事による挙式との間、あるいは宗教による挙式のためのマリッジ・スケジュールの発給との間に最低14日の待機期間がある。しかし、身分登録庁長官は状況が許せばそれよりも短い期間内に婚姻を挙げることを認める免除権をもつ。この権限が用いられるのは稀である。

(ii) マリッジ・スケジュール

通常の待機期間が満了し、当事者に婚姻能力があると得心すると、地区登録官はマリッジ・スケジュールを作成する。マリッジ・スケジュールは当事者の詳細な事項を含み、婚姻の最初の記録として登録の目的に役立つ。宗教による挙式の場合はそれに加えて、マリッジ・スケジュールは司祭に婚姻手続を進める権限を与える許可証として機能する。婚姻通知の受領から3ヶ月以上経過してしまったならば、身分登録庁長官は地区登録官に対して、新しい婚姻通知が提出されなければならないよう指示する裁量権をもつ。宗教による挙式のためのマリッジ・スケジュールは、その挙式より7日以前でなければ当事者に対して発給されない。

民事婚

民事による挙式が行われる場合、地区登録官は婚姻の当日までマリッジ・スケジュールを保持しておく。挙式は通常、登録官が司り、その事務所において行われる。しかし、当事者の一方が重病もしくは重度の肉体的損傷のため登録官の事務所に出頭できず、そのうえ婚礼の延期が望ましくない場合には、登録官は当事者のいずれかの申請によりその登録地区の中のどこででも、たとえば病院においても、婚姻を執り行うことができる。挙式が行われなければならない時刻についての制限はないが、実際は登録官の通常の執務時間中に行われる。

両当事者は、16歳以上であると誓言する二人の証人を伴って出席しなければならない。マリッジ・スケジュールが完成されると、地区登録官は両当事者に対しスコットランド法における婚姻の性質を説明する。両当事者は何ら法律上の障害がないことを宣言し、そして次にお互いを夫とし妻とするかを問われる。登録官は彼らが結婚したことを宣言し、マリッジ・スケジュールに両当事者、証人、そして登録官が署名する。婚姻はその後登録される。

宗教婚

宗教による挙式が予定されている場合、地区登録官は《当事者に対して》マリッジ・スケジュールを発給する。これは、マリッジ・スケジュールが婚姻を挙行する司祭に対する許可証として機能するからである。宗教による挙式は、どんな時刻にでも、たとえばふたりが農村から出てきたときには夕刻にでも、そしてどこでも、たとえばホテルにおいても、行うことができる。しかし、選択された日付と場所はマリッジ・スケジュールに明示されなければならない。

権限を与えられた司祭とは、次の者である。

- a) スコットランド教会の牧師。あるいは、
- b) 国務大臣により作成された規則に定められた宗教団体の牧師 (minister)、聖職者 (clergyman)、主任司祭 (pastor)、祭司 (priest)、あるいはその他の婚姻司祭 (marriage celebrant)。規則に定められた宗教団体とは、主要なキリスト教の教会と教派である。あるいは、
- c) その他の宗教団体によって婚姻司祭として指名され、1977年法第9条にしたがい、身分登録庁長官により婚姻司祭として登録された司祭。宗教団体のみが司祭を指名でき、その司祭は聖職者である必要はないが21歳以上でなければならない。指名された者は最初は3年間権限を与えられる。宗教団体とは、「共通の宗教上の礼拝のために定期的に集まる人々の、組織された集団」と定

義される。イスラム教徒やヒンドゥー教徒などの非キリスト教の宗教が含まれることは明らかであるが、宗教上の礼拝に携わっていないからではないので、人性主義者 (Humanists) などの集団は除外されると思われる。あるいは、
 d) 1977年法第12条にしたがい、身分登録庁長官によって一時的に権限をあたえられた者。21歳以上でなければならないことを除いて、これらの者については制限がない。実際には、これらの者は第9条の下で登録されているが、その活動範囲が婚姻の挙行される場所にまで及ばない司祭、スコットランドで婚姻を挙行するよう求められてスコットランド外から来た牧師、もしくは承認された宗教団体との牧師交換 (pulpit exchange) によってスコットランドに滞在する牧師である。授権は書面でなされなければならず、またその授権証に明記された婚姻、もしくは期間に限定される。

a) 及び b) の場合、司祭は自分の教会が認めた挙式の形式にしたがわなければならない。c) 及び d) の場合、挙式は、(i) 両当事者、司祭、及び二人の証人の出席のもとでなされ、お互いを夫妻とする当事者の宣言と、(ii) その後、司祭によるふたりは夫婦であるという宣言を含み、かつこれらの宣言と矛盾しない適切な形式で行われなければならない。

認可された司祭は、あらゆる宗教婚において、(i) 両当事者が法令にしたがって発給されたマリッジ・スケジュールを提出し、(ii) 両当事者が出席し、そして、(iii) 16歳以上であると誓言する二人の証人がいる場合でなければ挙式を進めてはならない。挙式の後、マリッジ・スケジュールは両当事者、証人、そして司祭によって署名される。マリッジ・スケジュールは挙式から3日以内に登録のため地区登録所に返却されなければならない。これは伝統的に結婚祝いの一部として登録手数料を支払う花婿付添い人の務めなのである！

不適式な婚姻の効果

1977年 (スコットランド) 婚姻法にしたがって挙行された婚姻は、双方の当事者が挙式に出席し、その婚姻が適正に登録されたときには、上述の正規の手續にしたがっていないという理由で無効となることはない。挙式としてのなんらかの形式はなければならないが、そうでなくとも、婚姻は形式上の欠缺によっては無効とはされない。しかし、婚姻の有効性は一般に影響を受けないにせよ、他方、当事者と司祭は、たとえばある者がマリッジ・スケジュールを偽造または変造した場合は、本法に違反したかどで刑事上の制裁に対する責を負うことがある。しかし、婚姻の有効性についてはなお、両当事者の法的能力の欠如、もしくは真の合

意の欠如といった事由により、異議申立の余地がある。

結 論

婚姻の挙行に先立つ法律上の予備行為を行う目的は、婚姻の当事者が婚姻のための法的能力を有することを確実にすることにある。1977年（スコットランド）婚姻法の結果として、スコットランドにおいて正規の婚姻関係に入ろうとする者は全て、民事または宗教による挙式のいずれを意図しているかにかかわらず、同一の予備的手続にしたがわねばならない。このことが簡略化と画一化に役立つ。

さらに現行の諸準則は、異議がなされ、適切な取調べが行われるに十分な時間を与えていると思われる。手続それ自体は、当事者の居住要件の煩雑さを除けば、見事なまでに簡潔である。

挙式自体については、宗教婚には婚礼の時刻や場所についてなんらの限定はない。しかしながら、民事による挙式が、当事者の一方が重病もしくは重度の肉体的損傷でない限り、地区登録官事務所に限定されていることは、必要以上に制限的であると思われ、ふたりが望む時間に望む場所で民事による挙式を行えるような措置が講じられることが期待される。

正規でない婚姻

(i) 序

1560年の宗教改革以前、スコットランド法は正規でない婚姻の有効性を認めていた。正規でない婚姻は教会の形式的手続を一切必要としなかった。これには次の3種類があった。

- a) 当事者による、お互いを夫婦として迎えるとの宣言。すなわち、《現在にかんする文言を用いての *per verba de praesenti*》婚姻。婚姻を成立させるには当事者の合意で十分であり、司教によって叙任された祭司や証人の立会は不要であった。
- b) いつか将来に結婚するという約束と、その後その約束を信じてなされた性交渉。すなわち、《その後の結合を伴う、将来にかんする文言を用いての *per verba de futuro subsequente copula*》婚姻。その約束を信じてなされた性交渉は婚姻の合意とみなされた。司教によって叙任された祭司や証人の立会いが不要であったことは、おそらく驚くにあたらない。
- c) ふたりが夫婦であるという周知の同棲期間から推定される、婚姻当事者の暗黙の合意によって成立する婚姻。すなわち、周知の同棲による婚姻。

宗教改革以後、これら正規でない婚姻の諸形態はスコットランド法において有効な婚姻を成立させるものとして引き続き認められていた。はじめの二つの正規でない婚姻の形態は、1940年7月1日に発効した1939年(スコットランド)婚姻法第5条によって廃止された。しかし、第三の形態、すなわち周知の同棲による婚姻は依然としてスコットランドにおいて婚姻を成立させる有効な方法である。

古くからの多くの事例が正規でない婚姻を含むため、《現在にかんする》及び《将来にかんする》婚姻の顕著な特徴を概観し、その上で周知の同棲による婚姻を幾分詳しく考察したい。

(ii) 現在にかんする宣言による婚姻

この婚姻形態の本質は、当事者が敢粛かつ誠実に婚姻に対する現在の合意を交換することであった。ふたりは合意が交されると直ちに結婚した。〔床入りによる〕婚姻の完成は要件とされなかった。《婚姻を成立させるのは合意であって同棲ではない *consensus non concubitus facit matrimonium*》。証人を必要としなかったため、とりわけ、夫婦であると申し立てる配偶者の一方が死亡し、他方の当事者による相続権の主張に争いが生じた場合、証明という厄介な問題が起こりえた。

合意の交換はスコットランドにおいて行われなければならなかった。このことが、グレットナ・グリーン(Gretona Green)で結婚するためイングランドからの駆け落ちが流行したことを説明する。結局、最低21日の居住要件が1856年(スコットランド)婚姻法によって導入された。1940年7月1日以降、《現在にかんする》婚姻は婚姻を締結する適法な形態ではなくなってしまった。

(iii) 後の結合を伴う約束による婚姻

正規でない婚姻のこの形態においては、将来のある日の婚姻についての約束がなされ、その約束を信じて性交渉が行われた場合、ふたりはその性交渉の日に結婚したものとみなされた。この理論によれば、相互の合意が婚姻にとって本質的なものである一方で、ある女性が自分と結婚するという男性の約束を信頼して性交渉を許した場合には、その時その場で、両当事者は現在の婚姻に対する合意を交換したと推定されることになり、そしてその推定が覆されない限り、婚姻は《後の結合を伴う》約束によって成立した。約束と性交渉はともにスコットランドにおいて行われなければならなかった。

やがてこの婚姻形態は懐疑的に扱われた。サンズ卿(Lord Sands)は *N v C* において次のように説明した。

「この法理論によれば、結婚すべく婚約しているふたりが性交渉に耽るとき、

推定上、彼らはその時その場で結婚の合意を交換し既婚者となる。しかし婚姻前の私通が大変に起こりやすいこれらの社会層に広く行き渡った見方によれば、彼らはその種のことをなんら行っていないのでない。彼らはおそらく将来の結婚の見込みによって、不道德な性交渉の危険を明らかに感じることなく欲望に負け、不道德な性交渉に耽るのである。……スコットランドの農村地域の親たちや雇い主や聖職者は、しばしば婚約者に妊娠させられた少女を悲嘆にくれて世話したものだ。そうした少女が自分は既婚者であったという理由で訴訟を提起したことが今までにあったかどうか私は大いに疑問に思う。……《後の結合を伴う》約束による婚姻とは、民衆の思慮や良心のなかに決して根づいたことのない、法によって育まれた草木なのだ。』

したがってこれが1940年7月1日以降婚姻を締結する適法な形態でなくなったのは驚くにあたらない。

(iv) 周知の同棲による婚姻 (Marriage by cohabitation with habit and repute)

1939年(スコットランド)婚姻法は、正規でない婚姻の第三の形態、すなわち周知の同棲による婚姻を廃止しなかった。この教義の理論的根拠は論争の主題であった。それは単に証拠の問題だけではない。ふたりが結婚していることは夫婦としての長期間の同棲によって推定されるが、一方でこの推定は挙式なるものが行われなかったという証拠によって覆すことができる。しかし周知の同棲による婚姻は単に、当事者は《現在にかんする》宣言、もしくは《後の結合を伴う》約束によって結婚したと一応は推定されることになるという証拠にかんする準則であるだけではない。というのは、もしそうであるなら、周知の同棲による婚姻は1939年(スコットランド)婚姻法によってそれとはなしに廃止されたことであろう。そうではなく、この教義の基礎は、当事者は婚姻に対する《暗黙の》合意を周知の同棲から推定され、それと結びつけられるので、かかる合意が婚姻を成立させる、というものである。すなわち、暗黙の合意とは、当事者によって自分たち自身と他の者に対してなされる、いまだかつてはっきりと言葉にされたことのない婚姻の合意の適法な言明である。ふたりは結婚しているという周知の同棲により、法は、両当事者が《暗黙のうちに》結婚することに合意したと推定し、その結果、ふたりが決してお互いに夫婦になるつもりはなかったという証拠が導かれない限り、かれらは結婚《している》ことになる。

要 件

(i) 同棲が存在しなければならない。つまり、ふたりは一緒に生活していなければ

ばならない。単に性交渉をもつだけでは十分ではない。

(ii) 同棲は夫と妻としてでなければならない。男と情婦、男と家政婦としてであってはならない。しかし漠然とした関係から始まった同棲が、その後ふたりが夫婦として同棲する場合、婚姻へと発展することもありうる。しかしながら、ふたりが将来のある日に結婚するとの意思をもって一緒に生活する場合は、彼らは夫婦として同棲しているのではないから、周知の同棲による婚姻の法理の結果として結婚することにはならない。《ましてや》この教義はふたりがなんら結婚する意図もなく一緒に生活する場合は適用されない。

(iii) 同棲はスコットランドで行われなければならない。

(iv) 同棲は両当事者が暗黙のうちに結婚することに合意したことを裁判所が推論するに十分な期間でなければならない。かつては、この期間は最低1年と考えられたが、Shaw v Henderson においてストット卿 (Lord Stott) は、厳格な準則はなんら存在しないことを強調した。要件とされるのは、同棲の証拠が暗黙の合意の推論を引き出すのに十分であるということだけである。上述の事件では、11ヶ月の同棲で十分とされた。

(v) 当事者は夫婦であるという世評がなければならず、この世評は「一律かつ全面的」でなければならない。しかし、ふたりが結婚していないことを知る者がいたとしても、彼らが広く友人や世間一般によって普通に夫婦と考えられていれば、それは問題ではない。しかし相当の数の親類や友人がふたりは結婚していないこと、もしくはふたりが単に結婚を考えているにすぎないことを知っている場合には、この法理は適用されない。

(vi) 当事者は法的な婚姻能力を持たなければならない。たとえば、当事者の一方がすでに第三者と結婚しているときには、この法理は適用されない。しかし、現存の配偶者の死亡または離婚により、ひとたび婚姻障害が除去されたときには、当事者は婚姻能力を有することになるので、この原則が適用される。しかし当事者は障害が除去された後に生じる周知の同棲に依ることができるのみである。かくしてたとえば、Bと結婚したAが1970年にCと同棲し始め、Bが1985年に死亡した場合、該当する同棲期間とは、1985年のBの死亡とともに開始するにすぎない。つまり、1970年～85年の同棲期間は——周知であるにもかかわらず——これに該当しない。関係が不倫で始まる場合、当然ながら、ふたりが夫婦として生活しているという、必要とされる世評を立証することは困難であろう。しかし、当事者の婚姻障害が除去されたことが当事者に知られたときには、それでもなおこの法理が適用できる。不倫で始まる関係は引き続き不倫であると一応推定される

との古い観念には、いまでは、あるとしてもほとんど重きが置かれない。Shaw v Henderson においてストット卿は以下の感想を述べた。すなわちこの観念は、

「勤労者階級の男女がどちらも結婚に障害のある時点で一緒に生活し始め……それぞれが離婚を認められた後も同様の関係を続けるという今日の状況に対して、なんら実際の適合性をもたない。こうした事態のもとでは、婚姻に対する合意の推定が十分明確であれば、婚姻の推定は、思うに、少なくとも両当事者が初めから婚姻に合意するのに障害がない場合と同じくらいに強固に生じなければならない。」

訴訟手続

周知の同棲による婚姻を申し立てる当事者は、控訴裁判所 (Court of Session) に婚姻確認の訴を提起する。教義の性質上、ふたりがいつ結婚したかを正確に確証することは困難である。この問題は困難さを免れえないけれども、その日付は暗黙の合意の推論を引き出すのに十分適切な周知の同棲が存在したときである、とするクライブの見解が有力である。婚姻確認が認められると、控訴裁判所書記局長 (Principal Clerk of Session) は婚姻を登録することを可能にすべく、身分登録庁長官に対し関連する詳細を通告する。

結 論

周知の同棲による婚姻はスコットランド家族法の際立った特徴ではあるが、よく見られるわけではない。婚姻確認は年に2件ほど見られるにすぎない。この教義は果たして維持するに値するかどうかの疑問が生じる。婚姻が終了する際、スコットランド法が、有効な婚姻を——同棲それ自体と対立するものとして——性的関係にある当事者の財産の法的な規制の《必須条件 condition sine qua non》と引き続きみなしている間は、これは有意義であろう。しかし、その非論理性は否定しえない。たとえば、それは当事者が婚姻していることを《装う》ことを要件とする。したがって、それは結婚しない者同士として公然と同棲する男女の法律上の問題に解決を与えることはできない。

この法理が有意義であるのは、ふたりが正規の婚姻関係に入ろうとするが、挙式の時点で法的な婚姻能力がないということを当事者が知らないという状況においてである。次章で見るように、このような状況においては婚姻は無効である。しかし障害がその後除去され、ふたりが夫婦として同棲を続ける場合には、彼らはこの法理の結果として結婚したことに《なる》。このように、周知の同棲に

よる婚姻は、ふたりの最初の婚姻がその挙式の時点では法的障害の結果として無効である場合に、その夫婦の身分を創設するにあたって有益となる。

第2章 法律上の婚姻障害

——無効な婚姻と取消しうる婚姻——

序 論

前章で見たように、1977年（スコットランド）婚姻法第23条Aの帰結として、もし両当事者が挙式に出席し、婚姻の詳細が適正に登録されたならば、この法が規定する正規の婚姻にかんする形式的手続に従わなくとも、婚姻の有効性に影響はない。しかし、当事者が婚姻契約を結ぶ法律上の能力を欠く場合、真の合意が存在しない場合、もしくは当事者の一方または双方の不治の性的不能の結果として〔床入りにより〕その婚姻が完成されえない場合、婚姻は瑕疵あるものとなる。この章では、スコットランド法によって認められている婚姻障害を検討する。

無効な婚姻と取消しうる婚姻

一般準則としては上記の婚姻障害が存在する場合、その婚姻はスコットランド法では無効となる。この原則にはひとつの例外がある。すなわち、当事者の一方または双方の不治の性的不能の結果として〔床入りによる〕婚姻が完成されなかった場合である。この場合、その婚姻は取消しうる。

婚姻が無効であるとき、その婚姻は一応法律上の効果を一切もたない。当事者が控訴裁判所で婚姻無効の確認を得る必要はない。しかし、法律上の利益を有する者は誰であれ、婚姻の無効を事由として控訴裁判所に無効の確認を請求できる。一定の状況では、無効な婚姻が法的な帰結をもつことがある。たとえば、無効な婚姻中に懐胎した子は、その子の母の「夫」の子と推定され、そして「夫」が、懐胎の時点では婚姻が有効なことを善意で信じて婚姻関係に入る場合は、「夫」は子に対する親権をもつことになる。さらに当事者の一方が無効の確認を得たときには、裁判所は、離婚訴訟の場合と同様、当事者に対する経済上の給付を裁定する権限を有する。

取消しうる婚姻の場合には、控訴裁判所の婚姻無効確認が得られるまで、その婚姻は存続する。その婚姻の当事者のみが確認を求めうるが、無効な婚姻の場合とは異なり、当事者の一方が死亡している場合には確認判決は得られない。しかし、この判決の効果は婚姻がはじめから存在しなかったと宣言することである。すなわち、この判決は遡及効をもつ。それにもかかわらず、控訴裁判所は離婚訴

訟と同じ仕方では、当事者に経済上の給付を裁定できる。また、この判決の遡及効はその婚姻による子の身分に影響を及ぼさない。取消しうる婚姻の唯一の事由が当事者の一方または双方の不治の性的不能であるならば、影響を受ける子の数は少ないであろう。しかし、後に見るように、現代の生殖技術をもってすれば、取消しうる婚姻による子の存在はありえないことではない。

婚姻能力

さて、婚姻関係に入る当事者の法律上の能力の欠如の結果として、スコットランド法において婚姻が無効である事由について検討しよう。

不適齢

1977年(スコットランド)婚姻法第1条第1項により、スコットランドに住所を有するいかなる者も、男女とも16歳になる前には結婚できない。したがって、たとえば、ある外国の法がその国に住所を有する者に16歳未満で結婚することを認めていても、スコットランドに住所をもつ15歳の少女は、スコットランドもしくは世界の他のどの国においても、婚姻を締結する法律上の能力を有しない。しかし、スコットランドに住所をもつ者が16歳以上である場合、挙式を外国で行い、かつ外国人の当事者が《居住地の法律 *lex domicilii*》及び挙式が行われる国の法律《举行地の法律 *lex loci celebrationis*》の下で能力を有するならば、その者は外国に住所をもつ16歳未満の者と結婚する法律上の能力を有する。

1977年(スコットランド)婚姻法第1条第2項により、当事者のいずれかが16歳未満の者の間で举行された婚姻は無効である。その結果、たとえ《居住地の法律》により当事者の一方または双方が16歳未満で婚姻能力を有する場合でも、その挙式がスコットランドで行われた場合には婚姻は無効である。しかし、1977年法は、スコットランドで《举行された》婚姻に特に言及している。それゆえもし当事者が《居住地の法律》により16歳未満で婚姻能力をもつのであれば、彼らは周知の同棲により結婚したことになるはずだが、16歳になる前の同棲期間がこの法理の趣旨に適合するかどうかが議論になる。しかし、16歳未満で結婚しようとするスコットランドに住所をもつ者にかんしては、婚姻障害が除去された後の——すなわち、その者が16歳に達した後の——同棲期間のみが、周知の同棲による新たな婚姻の成立に関与する。

当事者がまだ未成年の場合、すなわちここでは16歳から18歳までの場合、その婚姻に対する親の同意を得る必要はない。

禁婚親等

1977年(スコットランド)婚姻法第2条第1項により、男性と、同法別表1第1欄に記された親等関係にある女性との婚姻、あるいは、女性と、同法別表1第2欄に記された親等関係にある男性との婚姻は、(a)婚姻がスコットランドにおいて挙行された場合、もしくは、(b)いずれかの当事者が挙式の際にスコットランドに住所を有する場合には、無効となる。親族関係が別表に挙げられていない場合、当事者の婚姻が《居住地の法律》もしくは《挙行地の法律》に反していなければ、彼らは有効に結婚することができる、という意味においてこのリストは限定的である。そのリストは以下のとおりある。

1 血族による親族関係

<第 1 欄>

母
娘
父の母
母の母
息子の娘
娘の娘
姉妹
父の姉妹
母の姉妹
兄弟の娘
姉妹の娘
父の父の母
父の母の母
母の父の母
母の母の母
息子の息子の娘
息子の娘の娘
娘の息子の娘
娘の娘の娘

<第 2 欄>

父
息子
父の父
母の父
息子の息子
娘の息子
兄弟
父の兄弟
母の兄弟
兄弟の息子
姉妹の息子
父の父の父
父の母の父
母の父の父
母の母の父
息子の息子の息子
息子の娘の息子
娘の息子の息子
娘の娘の息子

2 姻族による親族関係

前妻の娘
父の前妻

前夫の息子
母の前夫

父の父の前妻	父の母の前夫
母の父の前妻	母の母の前夫
前妻の息子の娘	前夫の息子の息子
前妻の娘の娘	前夫の娘の息子

2 A 姻族による親族関係

前妻の母	前夫の父
息子の前妻	娘の前夫

3 養子縁組による親族関係

養母あるいは前養母	養父あるいは前養父
養女あるいは前養女	養子あるいは前養子

禁婚親族関係は、(a)血縁(血族)、(b)婚姻(姻族)、(c)養子縁組から生じる。血族については、半血は全血として扱われ、非嫡出は問題とならない。

たとえば、男性は、自分の異父母姉妹、すなわち、自分の父でない男性と自分の母との間に生まれた娘、あるいは、自分の母でない女性と自分の父との間に生まれた娘とは結婚できない。同様に、女性は自分の非嫡出子、あるいは自分の嫡出子の非嫡出子とは結婚できない。

姻族による親等は婚姻によって創設されるだけで、性交渉が関係者間に生じたという事実だけでは創設されない。たとえば、男性は自分の養母、すなわち自分の前妻の母とは一応は結婚できない。しかし、前の内妻の母、あるいはそれどころか現在の内妻の母とも結婚することができる。同様に、彼は、自分の父の前妻とは一応は結婚できないが、自分の父の内妻とは、たとえ自分の父と長年同棲し、その間に子が生まれていたとしても、結婚できる。

しかしながら、一定の状況においては、姻族関係にある者同士の婚姻は禁止されていない。第一に、第2段〔姻族による親族関係〕の姻族の親等内にある者は、双方の当事者が婚姻の際21歳に達しており、かつ年少の方の当事者が18歳に達する以前のいかなる時にも他方の当事者と同じ世帯で生活したことがなく、他方の当事者によって家子(child of family)として扱われたことがなかったならば、結婚できる。それはたとえば、双方が21歳を超え、かつ男性が18歳に達する以前に自分の継母と同じ世帯で生活したことがなく、その継母によって家子として扱われたことがなかった場合である。言い換えれば、第2段に明記された姻族の親等にある当事者が事実上親子の役割を決して担ったことがなかった場合は、双方が21歳を超えていれば自由に結婚できる。第二に、第2段Aの姻族の親等内

にある者は、双方の当事者が21歳に達しており、かつ結婚式が挙行されるなら、(a)男性が自分の前妻と前妻の父の死後、自分の義理の母と、あるいは、自分の息子と自分の息子の母の死後、自分の法律上の娘と結婚する場合、(b)女性が自分の前夫と前夫の母の死後、自分の義理の父と、あるいは、自分の娘と自分の娘の父の死後、自分の義理の息子と結婚する場合には、結婚することができる。以上のように、義理の親と義理の子が結婚できるのは、未だ極めて例外的な状況においてのみである。

実のいとこ同士、両親がともに異なる兄弟と姉妹とが自由に結婚できるのは注目されるべきである。

禁婚親等を設けているのには二つの主要な政策上の理由がある。第一の理由は、血族にかんしてであり、生物学的な理由である。近親者との婚姻は、身体的もしくは精神的に障害のある子を懐胎する危険性をかなり増大させる。しかし、たとえ身体的もしくは精神的に障害のある子を懐胎する危険性が高いにしても——女性が30代半ば以上である場合とくに高いが——実のいとこ間の婚姻は容認されている。第二に、近親者間の婚姻を認めることは、社会一般に好ましくない感情と当該家族の崩壊の可能性との双方を生じさせる、ということが論じられている。このことは、姻族や養子縁組にかんしては婚姻禁止の唯一の正当化事由であるはずである。しかし、もしこのことが重要な政策上の目的と考えられるとすると、たとえば、養子縁組した兄弟と姉妹がたとえ長年自分たちが実の兄弟だと信じていたとしても、法は彼らの結婚を何故に許すのであろうか。さらに言えば、ただ姻族関係にあるにすぎない者同士の婚姻の全面的な禁止を現代の社会において弁護するのは困難である、と考えられる。1986年（禁婚親等）婚姻法による、1977年（スコットランド）婚姻法修正はそれゆえに歓迎されるべきではあるが、筆者の見解では、十分というにはほど遠い。たとえば、継娘の母がすでに死亡し、かつ母の前夫がその継娘を18歳以前に家子として扱っていたことがあったとしても、継娘が自分の母の前夫と結婚するのを認めるに支障があると考えるのは困難である。姻族関係を事由とした〔婚姻の〕禁止は、ただ歴史的な理由によって残存するにすぎず、あったとしてもほとんど役に立たない個人の自由に対する干渉だといえよう。

同性の婚姻当事者

スコットランド法において婚姻は常に男女の結合と考えられてきた。したがって、婚姻しようとする当事者が同性である場合、婚姻は無効となる。

リーディング・ケースの *Corbett v Corbett* において、イングランドの高等法院は婚姻法の趣旨にてらして、人の性の確定基準を検討しなければならなかった。このふたりは婚姻の挙式を行ったが、その婚姻は完成されていなかった。かれらの関係は悪化し、「夫」は、被告もまた男性であるという事由で、この婚姻は無効であるとの確認を求めた。被告は男性器と生殖腺を備えて誕生したが、被告は性倒錯者、すなわち心理学的には自分のことを男性の肉体に閉じ込められた女性と考えていた、との証拠が提出された。挙式に先立って、被告は性再整合手術を受け、この手術とホルモン治療の結果、被告の肉体的外見は、心理学的には彼が常にそうだと考えていた性、すなわち女性の外見にほぼ等しかった。オームロッド裁判官 (Ormrod J) は、性再整合手術にもかかわらず、被告はやはり男性であると判示した。生物学上の男性細胞にはX染色体とY染色体とがある。生物学上の女性細胞にはY染色体がない。性再整合手術は被告の細胞組織を変えはせず、Y染色体が存在するからして、被告は生物学的に依然として男性のままであった。

オームロッド裁判官は、被告が生物学的には男性であることに得心し、続いて婚姻法の趣旨にしたがい、〔婚姻〕当事者は生物学的に異性でなければならない、と判示した。従来理解されていたような婚姻概念では当事者の一方は生物学的に男性であり、他方は生物学的に女性でなければならないことを要する、とオームロッド裁判官は主張した。したがって、この訴訟の両当事者は生物学的に男性であったので、オームロッド裁判官は、〔婚姻〕無効の判決を下した。

スコットランドの裁判所はこの事件でオームロッド裁判官が採ったアプローチに従うものと考えられる。スコットランド法において婚姻は伝統的に異性間の関係に限られると考えられてきた。さらに議論の余地のあるところだが、おそらく、スコットランド法も染色体や細胞の構造を含めた生物学的基準を、この婚姻法の趣旨にかなう性の決定因とみなすであろうと思われる。

しかしながら、この基準は、人の性の決定要因として、心理学的要素にあまり重きを置いていないとして批判されている。しかし、今日のスコットランド社会での婚姻の性質および目的の基本的な再評価がなされないうちは、スコットランド法上の婚姻は、生物学的に異なる性の当事者だけが、その身分から生じる伝統的義務を履行しうることを前提とするという主張が有力である。*Corbett v Corbett* で定められた基準は、たとえそれが手術後の性転換者たちに、彼らが異性とみなす者と結婚する権利を否定するという不幸な結果をもたらしたとしても、少なくともある確定性を有している。

Corbett 事件判決の基盤には、手術後の性倒錯者が婚姻能力をもつとすると、手術前の性倒錯者は、生物学的に同性の者と結婚することができるのかという疑問が生じ、結婚できるとすれば、同性愛者に、自分たちは同性の者と自由に結婚することができるかと主張する道を開くことになる、との懸念があった。性倒錯者の心理は、もちろん同性愛者の心理とは基本的に異なるとはいえ、世論の大半が同性愛者の「婚姻」の可能性に好意を示さないことには疑問の余地がない。Corbett 事件判決は、婚姻を生物学的な異性同士に限定することによって、同性愛者の婚姻の進展を妨げた。しかし、スコットランド法が婚姻を同棲の法的規制にとつての《必須の》条件とみなす限り、同性愛関係にある当事者は、同棲の経済上およびその他の帰結が特有の法準則によって律せられる権利を依然として奪われたままである。

既存の婚姻

既に有効な婚姻の当事者である者は、第一の婚姻が存在し続ける間は、次の婚姻関係に入る法的能力を欠く。第一の婚姻が無効であれば、法律上の障害は存在しない。しかしながら、第一の婚姻が取消しうるにすぎないのであれば、婚姻の無効確認が得られるまで、その婚姻は、第二の婚姻に対する阻却事由として効力を生じることになる。

たとえ当事者が、配偶者の死亡あるいは離婚の結果、先の婚姻は終了したのだと善意で信じて婚姻関係に入ったとしても、実際に先の婚姻が挙式の時点で存続していたならば、その婚姻はやはり無効になる。しかしながら、無効確認の判決が得られたとしても、配偶者に対する経済上の給付は有効である。さらには、ひとたび先の婚姻が解消され、婚姻障害がそれによって除去されると、当事者は、それに引き続く周知の同棲の結果として婚姻することができる。

当事者の一方がこの障害に気付いている場合、善意の当事者は、詐欺による損害賠償を得ることができる。このことは、Burke v Burke 事件により例証される。この事件で、HはW1と一緒に生活していた。彼は原告W2と婚姻の挙式を行った。彼は彼女に、W1とは離婚したと告げた。また彼はW2に、自分は夜勤で働いているとも告げていたが、〔実際には〕夜はW1とともに過ごしていた。W2は、離婚がおこなわれていないことを知り、〔婚姻の〕無効確認と「婚姻」中に懐胎した子に対する扶養を求めた。裁判所は、W2は第一の婚姻の有効性を証明するには及ばない、すなわち、彼女は《全ての行為は正当かつ厳粛におこなわれた omnia rite et solemniter acta esse》という推定に依ることが可能であ

る、と判示した。第一の婚姻が無効であることを立証する責任は被告が負ったが、この状況において、彼はその責任を果たすことができなかった。したがって、彼女は〔婚姻の無効〕確認と子に対する扶養とを得た。そのうえ、裁判所は、原告は、被告の詐欺の結果として、不法行為による損害賠償を受ける権利があると判示し、彼女に2,500ポンドを認めた。

既にみたように、たとえ当事者が善意で、配偶者の死亡の結果として先の婚姻は解消されたものと信じていたとしても、婚姻は無効になる。このため、配偶者が失踪し、第二の婚姻関係に入ることを望む者にとっては、厄介な問題が生じかねない。コモン・ローでは、非常に強力な生存の推定が存在し、失踪した者は長生きするとの推定がなされた。この推定は、配偶者が死亡していることを相当の疑いなく立証する証拠によって覆すことが可能であったが、それでも、その配偶者が実際にまだ生存していたならば、次の婚姻はやはり無効であった。

この不十分な状況は、1977年スコットランド死亡推定(Presumption of Death)法の結果、解消された。この制定法のもとでは、十分な利害関係を有する者はだれでも、控訴裁判所あるいはシェリフ裁判所に、死亡確認を申し立てることができる。裁判所は、以下のいずれかの蓋然性を斟酌し、得心すれば、〔死亡確認の〕判決を下すことができる。

- a) 行方不明者が死亡していること——死亡の日時を含む：あるいは、
- b) 行方不明者が少なくとも7年間、生存の消息がないこと。この場合、裁判所は、行方不明者が、最後に生存の消息があった日から7年目にあたる日の終わりに死亡したことを宣言する。

1977年法はそれゆえ、〔上記の二つの〕状況をカバーする。第一に、ある者が、たとえば、失跡した飛行機で旅行していた場合など、特定の時刻にその死亡を示唆する状況で失踪した場合である。この場合、訴訟を提起するまでに7年待つ必要はない。第二に、ある者が、単に行方不明になっているだけで、彼が死亡していることを示唆する状況が全く存在しない場合である。この場合は、行方不明者が生存しているという証拠がその間全く存在せずに7年が経過するまでは、訴訟を提起することができない。

死亡確認は、「行方不明者が当事者である婚姻の解消を含むあらゆる目的にかんし」効力を有する。ひとたび婚姻が判決の結果として解消されれば、「婚姻の解消は、行方不明者が判決において〔死亡を〕特定された日に、実際は生存していたという事情によっては無効とならない」。こうして、ある者が行方不明の配偶者の死亡確認を得たならば、その者は次の婚姻関係に入る能力を有することに

なり、後者の婚姻は、たとえ行方不明の配偶者がその挙式の日に実際は生存していたとしても、影響を受けない。

判決の日から5年以内に行方不明者が生存していることが判明したときには、確認の変更あるいは取消の規定が存在するが、それは、「確認訴訟における判決の効果により解消された行方不明者の婚姻を回復させるようには作用し」ない。

なんびとも、たとえば、行方不明者の遺言による受益者も確認を申請できることに留意すべきである。確認判決が認められると、たとえ行方不明者の配偶者が、配偶者はまだ生存しているという確信を抱き続け、婚姻が解消されることを望まないとしても、その確認判決は行方不明者の婚姻を解消する効果をもつことになる。

最後に、1977年法第13条により、刑事被告人の次の「婚姻」の日の直前7年以内のいかなる時点にでも先の配偶者が生存していると信ずべき理由がなかったことを刑事被告人が証明することは、重婚の問責に対する抗弁となる。

瑕疵ある合意

婚姻は一種の契約であり、他の契約と同様に合意を要件とする。したがって、当事者がお互いを夫婦とみなすことに真に合意しなかった場合には、〔その婚姻は〕無効となる。瑕疵ある合意は、様々な理由から生じることがある。

精神疾患あるいは精神薄弱

精神疾患あるいは精神薄弱の結果として、一方あるいは双方の婚姻当事者は、婚姻の性質を理解することができず、またそれに対する真の合意をなすことができないかもしれない。しかしながら、ある者が精神疾患、たとえば鬱病を患っているという事実は、必要とされる能力がその時点において存していれば、有効な合意をなすことを必ずしも妨げない。婚姻は単純契約であるといわれてきた。したがって、理解力に乏しい者でも、婚姻に対する合意を有効になすことができる。

婚姻の有効性を否定する者には、一方あるいは双方の当事者が、挙式の時点における精神薄弱ないしは精神疾患の結果として、婚姻の性質を理解しえなかったことを立証する極めて重い責任が存在する、と判示されてきた。しかしながら、この立証責任が果たされたならば、婚姻はスコットランド法では無効となる。

当事者は、挙式の時点で、酩酊あるいは薬物の乱用の結果として、合意の能力を欠くことがある。アルコールや薬物の作用は、能力が失われる以前に、極度でなければならない。しかしながら、Johnston v Brownにおいて、原告 Mary Brown は、挙式の時点及びその後3日間酔わされた結果、彼女は、婚姻に対する合意をなす能力を欠いたことを事由として婚姻無効確認を得た。したがって、その婚姻は無効となった。

錯 誤

当事者の明示的な合意は、錯誤により無効とされ、その結果として、婚姻は無効とされることがある。しかしながら、婚姻にかんして、錯誤の効果を発生する範囲は厳格に制限される。

当事者が挙式の性格について錯誤がある場合、その婚姻は無効であると解されている。かくして、たとえばAが単に婚約にすぎないと信じてBと婚姻の挙式を行う場合、その婚姻は無効である。同様に、他方の当事者の同一性 (identity) について錯誤がある場合にも、その婚姻は無効である。錯誤は、具体的人格 (impersonation) の場合に効果を生じるにすぎない。たとえば、ジェイコブが、レイチェルと結婚するものと信じてリーと結婚したとき、その婚姻は、スコットランド法では、錯誤の結果として無効となるであろう。

しかしながら、M'Leod v Adams の事件では、同一性についての錯誤は生じないと判示された。被告は軍隊から脱走していた。彼は、当局による搜索を逃れるために偽名を使い、若くて騙されやすい未亡人に、自分は英国陸軍スコットランド高地連隊の軍曹であると告げた。ふたりは〈現在にかんする〉合意を交わして結婚し、その後被告は妻を即座に遺棄し、その貯金を奪って逐電した。サンズ卿は、未亡人は明らかに目の前の男と結婚しようとし、したがってそこには、婚姻の当事者の同一性についてなんらの錯誤もみられないとして錯誤の効果は生じないと判示した。

婚姻当事者の資質についての錯誤は、合意を無効とする効果を生じないとするのが定説である。「資質、あるいは状況における錯誤は無効とはならない。つまり自分は未婚の女性あるいは貞節な女性と結婚したと思っていたのが、実は売春婦と結婚していた、というような場合である」。婚姻契約において、当事者はお互いに、「どのようになろうとも (for better or worse)」連れ添い、また、スコットランドの裁判所も、この基本原理と矛盾する解除条件を契約のなかに持ち込むことを拒絶している。さらには、Lang v Lang において、控訴裁判所上級審

理室 (the Inner House of the Court of Session) は、資質についての錯誤が、当該配偶者による事実の悪意不実表示、あるいは不告知によって誘発されたことは問題とならない、と判示した。

この事件における原告は、実際には別の男性の子を〔被告が〕身ごもっているときに、原告によって妊娠させられたとの被告の表示の結果として、原告は被告と結婚するはめになったことを事由として無効確認を求めた。裁判所は、《他人を通じての *per alium*》妊娠の事実の不告知も、打ち明けられた妊娠の真の原因の悪意不実表示も、スコットランド法において配偶者の資質についての錯誤を生じさせるにすぎず、それらは無効事由ではない。それゆえ、合意を無効とするに必要十分ではない、との立場をとった。婚姻契約は、それゆえ悪意不実表示の結果としてなされた場合には契約は取消しうとする契約の一般法に対する例外を構成している。

婚姻にかんする錯誤の生じる範囲の限定は、かなりの不公正の原因となることがある。Lang v Lang の原告の立場にある者は、離婚を求めることができる一方で、相当の理由をもつまでに5年も待たなければならない。悪意不実表示は、このための行動が《婚姻の日付以降》の被告の行為に限定されるので、離婚事由を構成しえない。

暴力あるいは脅迫

原則問題として、婚姻は、暴力あるいは脅迫の結果として当事者の合意がなされた場合には無効となる。この点について、スコットランドの典拠となる学説、判例を欠くが、スコットランドの裁判所は、以下の原則を採用することが認められている。

第一に、当事者の意思が、暴力あるいは脅迫の結果として抑圧されていなければならない。簡単にいえば、当事者は挙式の時点において、恐怖心を抱いていなければならない。その判断基準は主観的な基準でなければならない。つまりそれは、暴力あるいは脅迫によって抑圧された特定の個人が基準となるのであって、通常の精神的強さをもつ者ならば恐怖心を抱くかどうかではない。クライブは、次のように指摘している。

「主観的基準の濫用に対しては、それ自体の保護規定が存在する。暴力あるいは脅迫が些細であればあるほど、その支配下にある個人の意思を実際に抑圧したことを裁判所に納得させることはますます困難となる。」

かくして、たとえば Singh v Singh において、若い女性が結婚しないときの

その結果への恐怖に直面して、彼女の両親の希望に従って取り決められた婚姻を行った場合には、合意は無効とはされなかった。対照的に、若い女性が、取り決められた婚姻を承諾しないならば家から追い出されると脅迫された場合、彼女の意思は威圧されたと考えられ、その婚姻は無効とされた。

暴力あるいは脅迫は、第三当事者、たとえば国家当局から発せられることがある。政治的理由による投獄の恐れは十分な理由となりうる、と判示された。イングランドのリーディング・ケースである *Buckland v Buckland* において、バックランドはマルタのうら若き少女の貞操を汚したかどで告発された。この告発は虚偽であったが、投獄をまねがれるために、バックランドはこの少女との婚姻の挙式を行った。彼の無効確認の申立は認められたが、〔イングランドの〕控訴裁判所は、彼が現実には少女の純潔を凌辱したことで有罪になったならば、その申立は認められなかったであろう点を強調した。言いかえれば、脅迫は不正に課されていなければならない。したがって、結婚しないと彼に対する認知訴訟が提起されるとの脅迫のゆえに、彼が妊娠させた少女と結婚することを強制された場合、その脅迫は正当に課されたので、彼は脅迫に依拠することはできない。

クライブは、この区別は、脅迫が正当に課された場合でも、合意はもはや自発的ではないのであるから、正当化することは困難であると論じている。しかしながらこの場合は、法原理からの推論が公序への配慮に譲歩しなければならない事例であろう。

仮装婚

婚姻の当事者が、夫婦として一緒に生活しようとしてではなく、なんらかの隠された目的のために、たとえば国外追放を逃れるために、婚姻関係に入ることがある。イングランドでは、暴力や脅迫がない場合は、このような婚姻は有効である。しかしながらスコットランドでは、当事者に婚姻に対する真の合意がないことを事由に、このような婚姻は無効として扱われる。

リーディング・ケースである *Orlandi v Castelli* において、イタリア生れのスコットランド人女性である原告は、イタリア人の被告と出会った。被告の居住許可が満了するとき、彼がスコットランドに滞在することができるようにするために、ふたりは、民事婚による挙式を行った。兩人ともローマ・カソリック教徒で、民事による挙式は有効な婚姻を成立させるものではなく、宗教による挙式が不可欠であるとの意見をもっていた。その婚姻は完成されなかった。カメロン卿 (Lord Cameron) は、原告が自身の主張を立証できたならば、無効確認が認めら

れる、と判示した。判事の見解では、

「…真の合意が存在しないこと、および挙式が単に仮装、もしくは真の婚姻に先立つものとして意図されていたにすぎないことが立証された場合には、正規に挙げられた婚姻を無効とするために、その合意の欠如によることも正当である。」

この判決は、Mahmud v Mahmud に受け継がれた。この事件において、キンクレイグ卿 (Lord Kincaid) は、イスラム教徒のふたりが宗教による挙式が行われるまで自分たちが結婚しているとみなしていないことが十分に立証された場合には、民事婚は無効である、と判示した。Akram v Akram において、ダンパーク卿 (Lord Dunpark) は、その原則を以下のように表現した。

「…スコットランドの民事法は、つねに合意の原則を婚姻契約に適用しており、その結果、正式の婚姻の挙式という虚飾にもかかわらず、当事者が《婚姻による身分を取得する目的で》合意を取り交わしていなかったことが《証明された場合》、その挙式は、それが発生させようとしていた法律上の効果を否定されねばならないことに疑いの余地はない。」

正規の婚姻の挙式があれば、一応、当事者の合意が推定される、と解されている。それゆえ、原告には、当事者が結婚することに合意しなかったことを立証する重い責任がある。当事者の宗教上の信仰は、真の合意の欠如の重要な証拠になる一方、合意の推定を覆す困難にはひとかたならぬものがあるとはいえ、宗教的な要素を欠く場合でもこの原則が適用される、と考えられる。しかしながら、挙式を行った際の当事者の主目的が、なんらかの隠された動機、たとえば移民規則を潜脱することであり、夫婦の身分関係に入ることでないのが証明されたなら、その婚姻は、真の合意の欠如により無効である。

クライブは、挙式の時点で、当事者が結婚しないという明確な意思をもっていることが証明されたならば、婚姻は仮装婚として無効になるにすぎない、と論じている。婚姻関係に入るための隠された主動機を当事者がもっていたことの証明では十分ではない。しかし、クライブ自身も認めているように、当事者が結婚しないという意思をもつことと、隠された主動機のために結婚することとの間に区別をつけるかどうかは疑問である。クライブの区別立ては細かすぎるのではないだろうか。そうではなく、挙式の時点で、当事者が夫婦として一緒に生活するためではなく、なんらかの別の隠された動機のために、婚姻に合意しようとしていたことが立証された場合、婚姻は仮装婚として無効であると、考えられる。

Akram v Akram において、ダンパーク卿は、不本意ながら〔婚姻無効確認

の] 判決を認めた。彼は、挙式の結果、当事者が彼らの目的、たとえば国外追放の回避を達したときには、隠された主動機の証明によって婚姻を無効にすることはおそらく公序に反するとした。事実、彼は、一身専属阻却事由の原則は、「証明された隠された目的が、この国の法をすり抜けることにある事例を網羅すべく拡大するのが当然である」と示唆した。しかしながら、この問題の解決は、仮装婚の当事者であることになんらの利点もないようにするため、移民規則などにおける婚姻の重要性をより一層減じることにある、と考えられる。

一方の当事者が真の合意を保留しない場合でも、婚姻は仮装として無効である、という見解には典拠がある。たとえば、M'Leod v Adams では、婚姻は若い未亡人の錯誤の結果としては無効ではなかったものの、彼らが《現在に関する》合意を取り交わそうとした際、その兵士には彼女と結婚する意思がなかったことを事由として、無効確認を認めた。サンプズ卿は、被告は彼女と結婚する意図はなく、ただ未亡人の金員のありかを見つけ出し、それを盗んで逃げようと目論んでいたにすぎない、と判示した。

「婚姻の挙式は、この犯行の実行においては取るに足りないことであった…。彼女を自分の妻にするという彼の陳述は虚言であり、婚姻は彼の側にとっては偽装であった。」

しかしながら、無効確認訴訟において、自ら真の合意の一方的かつ意思不疎通の留保を抗弁に用いることは、一身専属的に阻却される。

合意の欠如により無効となる婚姻の有効化

当事者がその婚姻障害を許容することを選び、かつ夫婦として生活し続けるならば、合意の欠如の結果として無効である婚姻が有効なものとなる、という原則には典拠がある。しかしながら、一時的な婚姻障害のゆえに最初の婚姻が無効である場合と同様に、ふたりは周知の同棲による婚姻の法理の結果として結婚したことになる、とした方がよりすぐれた見解であると考えられる。

三〇三

取消しうる婚姻—不治の不能

当事者の合意は、スコットランド法における婚姻の本質的要素である。《婚姻を成立させるのは合意であって同棲ではない。しかしながら、当事者の一方または双方が、挙式の時点において、永続的に不治の不能の場合に限り、婚姻は取消しうる。控訴裁判所長官クライド (Clyde) が、L v L において説明したように、《性交不能 *potentia copulandi*》は、婚姻契約の解除条件である。それが満たさ

れなければ、婚姻は無効である。しかし、婚姻が無効なものとして扱われる以前に、婚姻の当事者は控訴裁判所から婚姻の有効確認判決を得なければならない。それにもとづき、その婚姻は判決期日から遡及的に無効となる。

不治の不能の意味

不能とは、性交渉をもつことの無能力を意味する。スコットランドの裁判所は、性交渉は十分、かつ完全な性交を意味する、という見解をとっている。《真の完全な結合は自然な方法で達成される *vera copula perfecta accomplished modo naturalis*》。夫による〔ペニスの〕妻〔の膣〕に対する部分的な挿入では、十分ではない。しかしながら、一度十分な挿入が成し遂げられれば、婚姻は完成されたことになる。夫がコンドームを使ったことは関係がない。さらにいえば、不能は、性交渉の無能力であって、生殖能力の問題ではない。したがって、不妊は不能と同じではない。一方の配偶者が性交能力を有するのに、婚姻を完成することを拒絶すれば、それが離婚事由のもとになりうるとしても、スコットランド法における無効事由にはならない。

不能は、肉体的、精神的原因の結果であるかもしれない。それは、他方の当事者との関係において——《妻に対して *quoad hanc*》、あるいは《夫に対して *quoad hunc*》——のみ存在するのかもしれない。それどころか、双方の配偶者が相互の関係において——《妻に対しても、夫に対しても *quoad hanc et quoad hunc*》——不能なのかもしれない。

不能は、婚姻期日に存在し、無効確認判決を求める訴えの期日に、永続的であり不治のものでなければならない。裁判所は、不治性の問題について現実主義的なアプローチをとっており、争点は不能が特定の婚姻との関係で不治かどうかということであると考えている。したがって、たとえば *M v W or M* において、夫は婚姻を完成させることが精神的あるいは心理的にできない状態になった。彼は医師によって、ホルモン治療を受け、妻の十分な援助があれば、不能は治癒可能である、と助言された。ホルモン治療が施された後で、彼の妻は、彼との性交渉を拒絶した。上級審理室は、その治療法がホルモン治療と、妻の助力——それは進んでなされることはなかったが——との両方を必要とするときは、夫の不能は妻にかんする限りは不治である、と判示した。

この判決が裁判所の原告への同情を例証するとしても、それは、それに固有の特殊な事実に限定されなければならない。不能ではない配偶者は、この判決が事実上、〔婚姻〕完成の故意の拒絶を無効事由として認めているために、単に、彼と

の性交渉を拒絶するだけの理由から、自分が《妻にかんする限り》は不能だと主張することはできない。

不能が治療可能であれば、不能でない配偶者によって訴えが提起されても、判決は、不能の配偶者が必要な治療を受ける機会をもつまで与えられない。被告が治療を拒絶すれば、そのときに判決が与えられる。不能の配偶者が原告である場合には、有効な治療をおこなうためのしかるべき手段が講じられれば、訴えは失効する。治療が、生命に対する危険、あるいは耐えがたい苦痛をもたらす場合には、不能の配偶者はそのような試練を受けることを期待されず、不能は不治とみなされる。

不能でない配偶者は、明らかに訴えを提起できる。しかし、F v Fにおいて、上級審理室は、不能は本意な状態であるがゆえに、不能の配偶者は、自身の不治の不能を理由として、無効確認判決を求めることもできる、と判示した。

一身専属阻却事由

配偶者は、不治の不能を理由として無効確認判決を得ることを、一身専属的に阻却されることがある。一身専属阻却事由は、不能と法的救済の利用可能性の認識をもって原告が婚姻を承認したか、婚姻関係を利用したか、あるいはそれから利益を得て、その結果、原告が婚姻を無効として扱うのを認容することが不公正、不公平になる場合に生じる。

二点が留意されるべきである。第一に、一身専属阻却事由は、原告がその事実と法的救済の利用可能性とを認識している場合に生じるだけである。しかし、法の認識は一応当然のことと考えられ、それゆえ法的救済の認識をもたなかったことを証明する責任は、原告に存すべきである。第二に、判決を認めることを不公正、不公平にするのは、〔婚姻の〕承認や利用などを構成する原告の《行為》である。以下はこの原則の例示である。

遅滞

遅滞それ自体は十分なものではないが、それが、被告に対する重大な不利益を生ぜしめる場合には、十分なものとなる。

不能の認識

原告が、被告の不能の認識をもって婚姻関係に入った場合には、これは一身専属阻却事由となる。このような状況で結婚することによって、原告は、認識がな

い場合であればその不履行によって、原告が婚姻を解消することができる条件の、被告による不履行を容認したのである。反対に、不能でない配偶者が不能の認識をもって婚姻関係に入ることを認めた不能の配偶者は、自分の不能を事由として〔無効〕確認判決を求めることを一身専属的に阻却される。

子

一身専属阻却事由は、原告が、子を養子にし、あるいは人工授精によって子をもつことに同意することによって、取消しうる婚姻を容認した場合に生じる。