

資 料

スコットランドの家族法（2）

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'

JM Thomson LLB
Professor of Law
University of Strathclyde

Butterworth 1987

目 次

序 論

第1章 結婚

第2章 法律上の婚姻障害——無効な婚姻と取消しうる婚姻（以上前号）

第3章 婚姻の法律上の帰結 I

序

人的効果

債務

課税

補足給付

扶助

相続

第4章 婚姻の法律上の帰結 II：動産

序

結婚祝い

夫婦間の贈与

配偶者によって購入された有体動産

金銭及び有価証券

家計からの貯蓄

1880年（スコットランド）既婚女性保険証券法

第 5 章 婚姻の法律上の帰結 III：婚姻上の住居

序

婚姻上の住居の所有

婚姻上の住居の居住

不動産賃借権

婚姻をめぐる差止命令

同棲者

(以上本号)

[凡 例]

- (1) 本文中のイタリック体の文言は、《 》形括弧で示した。
- (2) 本文中、‘ ’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) 紙数の関係上、原則として原註は省略するが、主要な判例については註記をほどこした。

第 3 章 婚姻の法律上の帰結 I

序

本章とこれに続く 2 つの章では、両配偶者にとっての婚姻の主な法律上の帰結を論ずるつもりである。本章は多方面にわたる領域の題材に関わるが、網羅的に論ずるつもりはないし、また、たとえば証拠や破産といったいくつかの重要な問題も学生向けの家族法教科書の範囲外であると思われる。第 4 章及び第 5 章では、財産法上婚姻のもつ意味がやや詳細に論じられる。

20 世紀に婚姻の法律上の帰結は急激にその意義の低落をみた。配偶者間の平等を図るため、数多くの法の変更は配偶者をあたかも彼らが結婚していないかのように扱う形式をとった。しかしとりわけ財産に関しては、われわれの社会が子の養育の第一の責務は母が負うと見なし続ける限り、實際上婚姻期間中に妻は夫と同等の財産取得のための機会をもちえないので、形式的な法律上の平等はしばしば妻の夫への経済的依存に帰着する。しかしながら、後に見るように、わが国の離婚にもとづく経済上の給付制度のもとでは、裁判所は婚姻の結果妻が被った経済上の不利益を補填することが可能である。さらに婚姻が死亡により終結した場合、スコットランド法は、故人の財産の一定割合に対して、故人が無効としえない法律上の権利を生残者に与えることによって生残配偶者を保護する。婚姻期間

中、結婚していることと法律上の帰結は、扶助料とか婚姻上の住居の居住権といったいくつかの重要な例外はあるものの、婚姻が離婚もしくは死亡により終結したときに結婚していることと比べれば比較的とるに足らないといってもおそらくそれほど皮肉な見方ではない。

人的効果

国籍

婚姻は国籍になんの効果も及ぼさない。妻が婚姻前に連合王国または英領の市民である場合、彼女はその国籍のままである。また連合王国または英領の市民でない場合、彼女は現国籍を保有する。連合王国または英領の市民と結婚した配偶者が(婚姻)登録によって市民権を取得する権利は段階的に廃止されつつある。すなわち、過渡期が経過すれば、外国籍の英国市民の配偶者は、帰化によって英国籍を取得しうるにすぎない。婚姻は、しかしながら、移民との関連では依然として重要である。

同居

共に生活すること、すなわち同居することは夫婦の義務である。しかしこれは厳密に言えば履行しえない義務であり、同居の訴えはもはや訴訟適格をもたない。相当の理由もなく配偶者が同居することを拒む場合、その配偶者は、しかしながら、遺棄しているものとみなされる。

かつて夫は婚姻上の住居をどこにすべきかを選択する権利をもち、かつ夫の選択が真正かつ相当であるならば、妻がその場所で夫と共に生活することを拒んだ場合、妻は遺棄に該当した。この権利は現在廃止されている。

住所

夫と共に生活する妻の義務から、妻の住所は夫の住所によるという準則が発展した。したがって婚姻が継続する限り妻は夫と異なる住所をもつことができなかった。妻の住所の従属性は、1973年住所及び婚姻訴訟手続法(Domicile and Matrimonial Proceedings Act)第1条により廃止され、現在妻は独立した住所を取得しうる。

性的関係

不治の性的不能の結果、配偶者が婚姻を完成しえない場合、その婚姻は取消すことができる。同様に、配偶者が故意に性交を拒む場合、それは離婚訴訟の原因となりうる。配偶者が婚姻の継続中に第三者と自発的意志で性交した場合、それは姦通を事由とする離婚訴訟の原因となりうる。

夫が妻の同意なしに妻と性交したとしても、妻が一応夫に身を任せたとみなされるときは、夫は強姦罪になりえないと判示された。しかし、証拠がある場合、たとえば、二人は事実上別居しており、そのことからもはや妻は自分の肉体を夫にゆだねる覚悟をしていないことが推定される場合は、夫は強姦罪となるのであって、単に強制猥褻罪となるだけではない。

婚姻に拠り、現在の婚姻が離婚もしくは死亡により終結していない限り配偶者は別の婚姻に入る能力を欠く。

姓名

妻が婚姻により夫の姓を名のることは法律要件ではない。妻が夫の姓を用いるのは、しかしながら、依然として一般的であるが、しかしこれは単なる慣習にすぎない。公式の法律文書には、既婚女性は自分の旧姓や夫の姓を用いて、たとえばミセス・エリザベス・スミス（旧姓）、もしくはブラウン（夫の姓）署名する。

債務

契約

コモン・ローにおいて妻は契約能力をもたなかった。しかしながら裁判所はしだいにこの一般原則に対する例外を認め、ついに1920年（スコットランド）既婚女性財産法（Married Women's Property (Scotland) Act 1920）に結実する一連の制定法により、既婚女性は「あたかも彼らから結婚していないかのように……契約関係に入り、債務を負うことができる」とみなされた。今日では1985年（スコットランド）家族法第24条第1項は、法令の規定に従い、婚姻はそれ自体「婚姻当事者の法的能力」には影響を与えないと規定する。かくて婚姻それ自体は両配偶者の契約能力にいかなる影響も与えない。

配偶者が未成年者である場合、もはやその者は親の後見に服しない。さらに未成年者である妻はその夫の後見を受けるという準則も廃止された。

コモン・ローにおいては妻はその夫によって家事を任されたと推定され、その結果妻は、たとえば、食料・衣服等の家計支出に対して夫の信用を担保することができた。これは妻の《長の職 *praepositura*》として知られていた。妻の《長の職》は時代にそぐわないと考えられるようになり廃止された。けれども一方配偶者が他方を特定の法律行為における代理人として明示的に任命することはもちろん可能である。さらに配偶者の一方が一連の法律行為を黙認することによって他方にその代理人として行為する権限を黙示的に与えることもある。たとえば、妻が負った洋服屋に対するつけを夫が支払った場合、店主に今後はもはや妻のつ

けを支払うつもりがないと夫が通知しない限り、夫は将来の勘定に対する責任を依然として負う。妻に自分の信用を担保しないようにと告げるだけでは責任を回避するのに十分ではない。

かくして、近年の法改正の結果、配偶者は彼らが結婚しなければもっていたであろう同じ契約能力を享有する。

不法行為

コモン・ローにおいては、配偶者はお互いを不法行為で訴えることはできなかった。この準則の時代にそぐわない性格は、夫の過失ある運転によって妻が負傷した事例で例証できる。とりわけ損失が最終的には夫の保険会社にふりかかるという理由で妻が夫を訴えることはできない、ということは抗弁理由たりえなかった。こうした状況は、1962年(夫婦)法改正法第2条によって修正された。同法は、配偶者双方は不法行為に関しては「あたかも彼らが結婚していないかのように」他方を訴える「同等の権利」をもつと規定する。しかし訴訟が婚姻の継続中に提起される場合、訴訟を継続してもいずれの当事者にも実質的な利益が生じない場合には裁判所はその訴訟手続を棄却する裁量権を有する。たとえ家族の単位である夫婦の利益にならなくとも《原告》に利益が生ずるならば訴訟を進めなければならないので、裁判所の裁量権はあまり発動されそうにない。

1976年(スコットランド)損害賠償法の下では、配偶者が第三者による不法行為の結果として死亡した場合、生残配偶者は、故人の人的サービス・葬式費用・夫婦関係の喪失(夫婦生活の喪失に対する裁定額)の相当額を含む扶養の喪失に対する損害賠償請求の権利を有する。《離婚した》生残配偶者は、扶養の喪失並びに葬式費用に対する損害賠償を得ることができるだけである。しかしながら、1976年(スコットランド)損害賠償法の下での請求は、故人の「肉親(immediate family)」たとえば子によっても提起される。同様の認知へ向かっての重要な一步においては、故人の「肉親」とは「故人の配偶者ではないが、死の直前まで故人と夫婦として生活していたいかなる者」をも含む。故人の肉親の一員として同様者は扶養の損失、葬式費用として夫婦関係の喪失の損害賠償請求の権利がある。この重要な革新は「世話をし、安定した関係をもつ重要な少数者が婚姻外に存在する」ことを議会が認めた結果である。

故人が原告を扶助する法律上の義務を負っていたことは必要ではないが、扶養の損失が不法行為の結果として引き起こされたか、引き起こされるおそれがあることを親族は証明しなければならない。かくして、双方の配偶者が職に就いており、その賃金を共同出資して高い生活水準を享受しているが、しかし〈実際は〉、

それぞれ自活している場合、扶養の損失はあったとしてもごく僅かであろう。「家族というバター付パンに塗られたジャムの損失は今日では扶養の損失に対する請求と呼ばれうるものを引き起こしはしない」。

1976年（スコットランド）損害賠償法は、不法行為により死亡する場合に関わる。ある者が負傷した場合、コモン・ローでは次のように判決されていた。すなわち、被害者の配偶者もしくは親族が不法行為の結果損失を被ったとしても被告はその者たちに対して保護の義務を負うわけではない。したがって家族は損害賠償を請求することができなかった。さらに被害者は自分を看護するために職を断念した親族、たとえば配偶者が受けた損失を請求することはできなかった。1982年司法管理法第8条の結果、身体的な侵害を被った場合、侵害を受けた者は親族によってその者に対してなされた必要なサービスの相当な報酬に等しい損害賠償を今日では回復することができる。これらについては親族とは同棲者を含む。原告、すなわち侵害を受けた者はその場合、この規定の下で回復された賠償金を親族に報告することになる。

被害者が所得を有しない場合、コモン・ローにおいては、被害者は所得の損失を訴求する権利をもたなかった。これは家庭や子の世話をするために仕事を断念した妻にとってとりわけ不公平であった。1982年法第9条は今日では次のように規定している。すなわち、親族に対して《無償の》人的サービスを与えてきた被害者は権利侵害の結果そうすることが継続できない場合に損害賠償を請求することができる。この点については親族とは同棲者を含む。人的なサービスは以下のようなものでなくてはならない。a) 侵害を受けた者によってその侵害の前に行われることが期待され、もしくは行われてきたものであること、b) 親族以外の者によってなされた場合、通常は支払いによって得られる種類のものであること、c) 当該の侵害がなければ、侵害を受けた者が親族に対して無償で行うことが期待されていたものであることである。これらは次のものを含むであろう。すなわち、妻もしくは同棲者の、彼女の夫もしくは同棲者に対する無償の家事サービス、母の子に対する無償の養育サービス、または妻や家族の利益のための夫の無償の日曜大工である。人的サービスは第9条適用以前には無償で行われていたに違いないのだから、1982年司法管理法は次の事実を認める。すなわち、家庭における労働は未だ一応無償であるが、しかし、家族共同体にとってのその経済的価値は、たとえ被害者が家族財産上の損失を被らなくても補償を受けることを司法が要求するものである、と。

課税

婚姻は重要な財政上の帰結をもつ。しかしながら、この主題に関わる法は複雑かつ流動的であるので十全な議論は学生向けの家族法教科書には向かないと考えられる。

補足給付

補足給付に対する権利を獲得しその額を見積もるためには同居している者のニーズと資産を総計する必要がある。同一世帯の構成員である結婚した男女のニーズや資産が総計されるが、夫婦として共に生活している結婚していない男女のそれについてもまた同様である。

国家による援助制度と私法上の扶助義務との関係は次節で論じられる。

扶助

序：コモン・ロー

夫は妻を扶助、すなわち扶養する義務がある、ということはスコットランドのコモン・ローの自明の原理であった。妻には夫を扶助するそれに相当する義務はなかった。1976年においてさえ、グリーヴ卿は、「・・・夫がかかる扶養をなすことができるときに、妻が夫と家族を養う義務を負うということはまだスコットランドの法ではない」と述べることができた。但し、夫が実際に自活できない場合は、妻が「彼女自身の自活に合理的にみて十分である以上の特有財産もしくは……独立の所得」をもっていれば、彼女が夫を扶助する責任を負うことができた。そうした事例は稀であったから実際問題として扶助を受ける権利があるのは妻だけであった。

コモン・ローにおいては、妻は正当な理由もなく同居を望まないのでない限り、扶助を受ける権利がある。かくして、たとえば妻が夫と共に生活し続けることを望むなら、夫は、たとえば姦通を犯した妻でも扶助する義務があった。しかし、妻が同居を拒んだならば、その時は彼女に夫と離れて生活する正当な理由のない限り扶助に対する彼女の権利は失われた。当初正当な理由の概念は狭かったが、1964年（スコットランド）離婚法第6条によって拡大され、夫の「重大かつ耐えがたい」非行と遺棄が含まれた。1976年（スコットランド）離婚法の結果、とりわけ妻と夫が別居することに合意し、当事者の合意を伴う2年間の別居を事由に離婚を申し立てる場合には、妻が扶助を得ることを確保するためにより一層の改正が必要だった。

〔扶助〕資格に関するこれらの準則はおそろしく複雑だった。ところが、もっと悪いことには、1976年（スコットランド）離婚法第7条第2項は、裁定される扶助が《もしあるとすれば》、その総額を決定するに際しては、裁判所は同法第5条第2項に列挙された諸要因、すなわち「婚姻当事者それぞれの資力及び……当該事例のあらゆる事情」を考慮しなければならない、と規定した。したがって、姦通を犯しかつ同居することを望む妻は、一応は扶助を受ける資格を有するとしても、彼女が実際に手に入れる〔扶助料の〕額は婚姻生活上のいかなる非行をも含む、当該事例の諸般の事情によっていた。それゆえ裁定される額が《もしあったとしても》まったく裁判所の自由裁量である場合、扶助を求める《資格》に関して複雑な準則が存するのは不合理なことであった。

扶助義務の性質と範囲

扶助の法律は1985年（スコットランド）家族法によって根本的に改正された。第1条第1項では扶助の義務は、a) 夫がその妻に対して、b) 妻がその夫に対して負うものとすると言われている。義務は明らかに相互的であり、コモン・ローに固有の性差は除去された。夫婦とは複婚の当事者も含む。

配偶者の扶助義務は、裁定される扶助額を決定するに際して裁判所が考慮することを要求され、またそうする権限をもつ事項を顧慮して、「当該状況において相当とされる援助を提供する」ことである。この規定の効果は、配偶者が扶助を請求する権利がある場合の複雑な準則を一掃することである。その代り、一方配偶者はつねに他方配偶者から扶助を受ける一応の権利を有するが、被告の扶助義務の範囲は、裁定額の決定に適用されるのと同じの要素によつて決まることになる。

考慮されねばならない諸要素は、第4条第1項に列挙されている。それらは次のものである。

- 「a) 両当事者のニーズと資産、
- b) 両当事者の所得能力、
- c) 一般に、当該事例の諸般の事情。」

《第4条第3項 a)》

第4条第1項 c)との関連で、第4条第3項 a)は、裁判所は「もし適当と考えるならば、被告がその世帯の被扶養者として扶養している者に対して経済上もしくはその他の面で与えたいいかなる援助も、彼がその者に対して扶助義務を負うかどうかにかかわらず、斟酌《することができる》」と規定している。この規定の効果は、次の事例によって説明される。Hは仕事のないWを置き去りにして、彼の情婦であるMと家庭をもつ。HはMを経済的に支えている。WがHを相手取って

提起した扶助請求訴訟において、裁判所はHがMを養っているという事実を斟酌《することができる》。もし裁判所が斟酌するなら、Wがあてにしている資産は〔斟酌しない場合に比べ〕より少なくなり、その結果、より少額の扶助が認められることになる。第4条第3項aは、被告によって第三者に対し《実際に》なされた経済上もしくはその他の援助は、その者、たとえば彼の子を扶助する法的義務が彼にない限り、斟酌され《ない》とした以前の準則を覆した。裁判所は、とりわけ被告が低所得者である場合に、第4条第3項によってその自由裁量を積極的に行使すべきであると思われる。もし先の例でHの所得がほとんどなく、その上彼がMを養っているという事実が斟酌されたならば、Wはおそらくまったく扶助を受けられないだろう。こうした状況のもとでは、これは賢明な結果である。というのは、そうした状況ではWは補足給付やその他の給付に全面的に頼ることができるからである。もし斟酌されなかったら、裁定される扶助の額は小さなものとなる。扶助は補足給付において支払うべき額を減らすにすぎないからである。たとえHが扶助を定期的に支払ったとしても、Wは経済的に楽になるわけではない。

どちらかの配偶者が第三者によって経済上もしくはその他の面で援助されている場合、それは明らかに当該事例の事情の一つにあたるので、第4条第1項cにおける関連する要素となる。

《第4条第3項b》

第4条第1項cとの関連で、第4条第3項bは、裁判所は「考慮外におくことが明らかな不公正とならない限り、当事者のいかなる行為も斟酌すべきではない」と規定する。この規定の効果は、配偶者はたとえ原告が姦通を犯したり、耐えられない仕方でもふまったり、あるいは同居を拒んだとしても、他方の配偶者から扶助を受ける一応の権利を有するということである。さらには、扶助額の査定にあたって、かかる行為は「考慮外におくことが明らかな不公正」にならない限り、裁判所により無視されることになる。原告の行為が、他の場合であれば裁定されるであろう扶助額の減額のために考慮されるのは極端な状況に限られる、とされている。婚姻が破綻しているとき、通常は双方に過失がある。婚姻の破綻の徴候であって原因でない行為、たとえば姦通を理由として一方の配偶者に経済上の罰則を科すことは極めて不公平である。このことはまた被告に対しても不公正にはならない。扶助の目的は《婚姻期間中》互いに扶養することを配偶者に義務づけることにある。扶助義務は離婚によって終了する。結果として、被告が姦通その他の婚姻上の非行を犯した原告の扶助を義務づけられることを不服とする場合、

その救済手段は離婚を請求することである。離婚によって扶助義務は消滅する。それに代って、夫婦間のクリーン・ブレイクへと結果すると期待される経済上の給付が命じられる。こうした考え方は、とりわけ婚姻期間中の行為により立証される回復の見込みなく破綻してしまった婚姻を丁重に葬ることを奨励する今日の公共政策と一致すると考えられる。

抗弁

第2条第8項は、原告が申込を承諾すると考えるのが相当であることを《条件として》、被告が原告を被告の家に受入れ、扶助義務を履行する申立をなす場合の扶助請求に対する一般的抗弁を規定する。原告が被告の申込を承諾するのが相当かどうかを考察するにあたって、第2条第9項は裁判所に行きや、得られた判決、たとえば暴力行為禁止命令を含むあらゆる関連した状況を調査すべきことを命じる。そこで、たとえばWがHの家庭内暴力の被害者である場合、彼女は、たとえ同居することを望まず、またHが彼の家に戻るようにとの申立をなすという事実があったとしても、扶助を得ることになる。なぜならHの行為の結果として、その申立は暴力行為の被害者Wが受け入れるのを期待するのを相当としないものだからである。たとえ彼女が姦通を犯していたとしても、Hが彼女に対し暴力的であったならば抗弁を有しないとされる。暴力のゆえに、Wが戻ることを期待することはやはり相当ではないからである。さらには、彼女の姦通は、姦通それ自体を考慮外におくことが明らかな不公正ではないと考えられるので、裁定される扶助額の減額の原因とはならない。

二人が別居することに同意した場合、第2条第9項は、彼らが別々に生活することに同意したという単なる事実はそれ自体、被告の申立を承諾するのを原告に期待することが不合理であることを確認しないと、規定する。したがって、二人が別居に同意し、そしてWがその後扶助を求め、Hが彼女に彼の家に戻るよう申立を行うならば、このことは、二人が以前に別居に同意したというだけの理由では、原告がHの申立を承諾するのを期待することを不合理としないかゆえに、第2条第8項の抗弁を構成する。当然に、他の状況、たとえば共同生活中におけるHの飲酒、姦通、暴力は、Hの申立を承諾するのをWに期待することを不合理とするだろう。

当事者が共同生活している場合における扶助

コモン・ローでは、不十分に扶養されていた配偶者は、扶助請求訴訟を提起するに先立ち、婚姻上の住居を退去せねばならなかった。第2条第6項は、扶助請求訴訟は、原告が被告と同一の世帯に生活していても適格である、と規定する。

かくして、妻は、たとえば、夫に対して十分な家計上の手当てを請求できる。しかし、被告が、自分は原告を扶助する義務を履行しており、引き続きそうする意思があることを証明することができるならば、かかる状況における訴訟の抗弁となる。

裁定の性格

扶助判決を与えるに際して、第3条第1項は、裁判所が適当と考える場合、次のことを命じることができると規定する。

- a) 確定期間であれ、不確定期間であれ、あるいは特定の事件の生起するまでであれ、定期的な支払を命じることができる。しかし、裁判所は、定期的な支払に代えて一括支払にすることはできない。
- b) 臨時のもしくは特別の性格を有する扶助料の支払を命ずることができる。たとえば、入院費用。これは通常は少額であろう。
- c) 訴訟提起期日まで、ないしは証明された特別の理由にもとづきそれ以前までも、裁定を遡らせることができる。
- d) たとえ請求に争いが無い場合でも、請求額よりも少ない額を裁定できる。

一括支払の禁止、裁定額が定期的な支払の形をとることの引き続きの強調は、扶助は婚姻から生じし、婚姻期間を通じて継続するという事実を反映する。後にみるように、離婚に際しては、経済上の給付が一般的に資本、すなわち一括支払の形をとり、当事者間のクリーン・ブレイクを促進することが期待されている。

扶助判決は、判決日以降の状況に実質的变化がみられた場合には、いずれかの当事者の申請にもとづき、変更あるいは撤回される。したがって、たとえば、原裁定額の価値がインフレによって下落したならば、判決は上方修正される。反対に、被告が原裁定の期日以降に失業したならば、判決は下方修正されるか、それどころか撤回されさえもする。

手続上の諸問題

配偶者は控訴裁判所あるいはシェリフ裁判所に扶助請求訴訟を《無条件》に提起できる。實際上、扶助請求訴訟は、他の訴訟手続、たとえば別居請求とともに提起されるのがしばしばである。さらには、扶助請求、離婚、別居、婚姻確認、婚姻無効確認の請求訴訟において、裁判所はその訴訟の最終的な決定まで、仮扶助を命ずることができる。仮扶助は訴訟当事者に対して認められるので、訴訟手続が最終的に、たとえば婚姻が無効であるがゆえに、当事者は今まで夫婦でなかったのであるから互いに扶助する義務を負わないことを確認するということは重要ではない。婚姻無効確認訴訟の原告は、婚姻の存在を否定しても、仮扶助を

申請することができる。

扶助と補足給付の関係

第 4 条の指針が、扶助総額を算定する際に、裁判所に相当の裁量を許すほど広いことはあきらかであろう。しかしながら、婚姻上の行為の一応の除外と、第三当事者に対する被告の経済的その他の扶助が斟酌されうるという事実は別として、裁判所がどのように裁量権を行使すべきかについては殆ど指針がない。裕福な夫婦なら、弁護士の助言によって妥当な額を取り決めることができるであろう。しかし夫婦が低額所得者層の場合は、婚姻が破綻し、特に賃金労働者が別の家族と関係するようになったならば、家族を十分に扶助するだけの金銭はないかもしれない。次の例を考えてみよう。

例

低賃金稼得者の H が、愛人 M と生活するために職のない W を遺棄する。H は M を経済的に養い、W に扶助料を提供しない。W は何ができるか。

(i) コモン・ローでは、W は必需品のための夫の信用を担保することができる。W はついで食料と衣服を得ることができる。この権利は、彼女の《長の職》とは区別され、現在も廃止されていない。W に必要な扶助を提供した第三当事者は、H に彼女を扶助する責任があった場合は、H から扶助相当分を取り戻すことができる。H の責任は補償の原則にもとづいている。

(ii) W は H に対して扶助をもとめる訴えを提起できる。しかしながら、裁判所が裁量権を行使し、H が M を扶助しているという事実を斟酌するならば、W はたとえあるとしても、ほとんど扶助料を受け取らないだろう。この要素が無視されれば、それは同様の原則のために補足給付を得ることのできない M に困難を生じさせうるだろう。

(ii) 実際問題として W は補足給付を申し立てるだろう。補足給付を申請する前に、配偶者には扶助判決をもとめる義務はもはやない。すでにみたように、経済の見地から、W の暮らし向きはより悪くはならない。実際扶助裁定額が H から得られた場合以上に彼女の暮らし向きはよくなりうるだろう。最小限、彼女は定期収入を受けとり、H に対する扶助判決執行の問題はない。

1976年補足給付法第17条第1項によって、男は妻と16歳までの子を扶養する義務があり、女は夫と16歳までの子を扶養する義務がある。保健社会保障省(DHSS)が補足給付を扶助義務のある親族によって扶助されていない者に対して、またはその者に代わって支払う場合、支払われた給付額を分担するよう扶養義務のある親族に対して提訴することができる。シェリフ裁判官は被告の資力を

含むあらゆる状況を顧慮し、保健社会保障省に対して、毎週またはその他の方法で、適切と思われる金額を被告に支払うよう命じることができる。かくして上の例では保健社会保障省はWが受け取った補足給付額の分担分につき、W(被扶助者)を扶助しなかったH(扶助義務のある親族)に対して提訴することができた。

しかし実際には、保健社会保障省は、扶助義務のある親族の資力が次のもの——彼自身と彼が共に生活している被扶助者のための補足給付率の割合に家賃全額支払費用及び5ポンド、もしくは彼の純所得の4分の1のいずれか高い方を加えたもの——を超える場合に、扶助義務のある親族に対して提訴するにすぎない。Hが低賃金のとき、彼がその定式を超える収入をもつことはまずないし、保健社会保障省はそれゆえ分担金について彼と交渉することはないだろう。おおよそ補足給付として支払われた賃金の11%のみが扶助義務のある親族から取り戻される。

保健社会保障省方式は、扶助義務者に単身者の最低生活水準、すなわち補足給付率を超える収入を残しておく。裁判所が、支払われるなら最低生活水準以下の資産しかもたぬまま被告を放置するような扶助裁定をなすことができることが、1985年(スコットランド)家族法以前の立場に対する重大な批判であった。これは、原告の補足給付を受ける資格と、被告が扶助義務のない第三当事者を養っているという事実が無視されたからであった。裁判所が、第4条3項aにしたがって裁量権を行使し、第三当事者扶助の事実を斟酌する用意があれば、その場合これは扶助と補足給付の法を合理化する際の大きなステップになるだろう。

1976年補足給付法の趣旨では男女いずれも前配偶者に関する限りでは、扶助義務のある親族でないことに注目すべきである。しかしながら、離婚後も両親は、彼らの子に関する限り依然として扶助義務のある親族である。

相続

序

最初に述べたように、現代家族法では当事者が婚姻していたことが重要なのである。これはとりわけ相続についてあてはまる。相続に関してスコットランド法は、生残配偶者に遺言証書によっては破棄されえない死亡した配偶者の資産の一定割合を相続する一定の権利を与える。この節では、これらの権利の概要が提示される。これらの権利は故人の子が享有する類似の権利と密接に結びついているので、ここでそれらを論じておくのが便宜である。

法律上の権利

1964年（スコットランド）相続法以降、生残する夫はその死亡した妻の資産から《鰥夫権 *jus relictii*》を受ける権利を有する。生残する妻はその死亡した夫の資産から《寡婦権 *jus relictiae*》を受ける権利を有する。また、子はその死亡した親の資産から《親の死に際して遺族の受けるべき資産 *legitim*》に対する権利を有する。これらの諸権利は同一のものであるので、《鰥夫権》および《寡婦権》をその合成語「生残者の権利」と呼ぶことにする。

生残者の権利は、子が遺族として遺されている場合は、故人の自由動産財産の3分の1、子が遺されていない場合は、故人の自由動産財産の2分の1に対する権利である。《親の死に際して遺族の受けるべき資産》は、配偶者が遺されている場合は、故人の自由動産財産の3分の1、配偶者が遺されていない場合は、故人の自由動産財産の2分の1に対する権利である。動産財産とは、金銭、株式、絵画、自動車等からなるが、相続不動産——その最も重要なものは婚姻生活上の、もしくは家族の住居であろう——は除外される。かくして、たとえば、HがWと子を遺して死亡する場合、Wは《寡婦権》としてHの自由動産財産の3分の1を受ける権利を有し、子は《親の死に際して遺族の受けるべき資産》としてその3分の1を受ける権利を有し、そして故人は、残る3分の1について法的に有効な遺言をなすうにすぎない。しかし、その財産が故人の相続不動産、たとえば婚姻上の住居を含む場合は、法律上の権利は相続不動産には及ばないので、Hは遺言証書によって自分の望みどおりにその不動産を処分することができる。だからHは、遺言により、自分の家屋を愛人Mに残すことができる。

法律上の権利は、配偶者もしくは両親の生存中に消滅する場合もある。同様に、法律上の権利は、配偶者もしくは親の死後、故人が法律上の権利の充足を図るべくもうけた遺言条項の承諾によって明示的もしくは黙示的に放棄される場合もある。しかしながら、生残配偶者もしくは生残子が法律上の権利を取得することを選択した場合は、権利の喪失が明示的に排除されていない限り、それらは1964年以降に作成された遺言証書上の如何なる遺言条項をも喪失させることになる。

優先権

三七三 配偶者が無遺言で、すなわち遺言なしに死亡する場合、生残《配偶者》は無遺言資産に実質的な優先権を享有する。

第8条により、生残配偶者は無遺言死亡者の死亡時に自分が通常居住していた住居に対する権利を与えられる。その家屋が50,000ポンド以上の価値を有する場合、生残配偶者はその代わりとして総額50,000ポンドの権利を与えられる。その上、生残配偶者は無遺言死亡者の死亡時に、自分が通常居住していた家屋の家具

や調度品に対する権利を与えられる。しかしながら、家具あるいは調度品の価値が10,000ポンドを超える場合は、生残配偶者は10,000ポンドを超えない価値まで、自分が選択する家具や調度品の一部に対する権利を与えられる。

第9条により、生残配偶者は無遺言者の資産の中から、経済上の給付に対する権利を与えられる。無遺言死亡者が直系卑属を遺す場合は、その直系卑属がどれほど遠縁であれ、生残配偶者は15,000ポンドの権利を与えられる。それ以外の場合は、生残配偶者は25,000ポンドの権利を与えられる。無遺言死亡者の純資産が15,000ポンド、あるいは25,000ポンド以下の場合、事情に応じて、生残配偶者は無遺言死亡者の資産のすべてに対する権利を与えられる。無遺言死亡者の純資産がそれ以上である場合は、生残配偶者の経済上の給付は、資産のうちの相続可能不動産および動産にあたる部分から、それらの各部分の総額に比例して負担される。

これらの優先権の充足後、配偶者は残余自由動産財産に対する法律上の権利を主張する権利を与えられる。その後にはじめて、残余無遺言資産が無遺言死亡者の相続人に分配される。

生残配偶者の優先権が大部分の資産の価値を枯渇させるのは明らかであろう。その結果、故人がその資産のすべてを生残配偶者に遺贈する遺言証書を残すよりも、むしろ無遺言で死亡する場合の方が、生残配偶者はおそらくよい状態におかれることになろう。というのは、前者の場合、生残子ならだれでも《親の死に際して遺族の受けるべき資産》に対する権利を与えられるからである。しかし無遺言の場合、子は、生残配偶者の優先権の充足後、無遺言死亡者の資産を相続しうるにすぎない。

結論

優先権制度の結果、生残配偶者は無遺言死亡の場合は寛大に取扱われる。故人が遺言を残した場合、法律上の権利体系は故人の生残配偶者と家族に対して、ある程度の保護を与える。しかしながら、故人が全財産を相続不動産に転換し、それを何人であれ自分が選ぶ者に対して遺言証書によって処分することによって、法律上の権利の主張を無効にすることを妨げるものはなんら無い。さらに、故人が生存中にその動産を第三者に譲渡した場合も同じ結果になりうる。この生残者間の譲渡は真正でなければならない。偽装もしくは仮装の法律行為では充分ではない。

しかしながら、イングランド法とは異なり、婚姻はそれに先立つ遺言書面を取り消す効果をもたないことが注意されるべきである。それは、故人の「妻」もし

くは「夫」に対する遺贈とは、遺言が作成された時点での故人の配偶者を意味するのか、それとも死亡時に故人の配偶者であった者を意味するのか、という解釈問題である。

筆者の見解では、現在、故人の家族は保護されすぎているという議論に説得力がある。配偶者に対する保護はおそらく正当化されるとはいえ、《成人した》子が親の生前にその暮らし向きになんら関心をもたなかったかもしれないのに、《親の死に際して遺族の受けるべき資産》に対する権利を何故に与えられるのか理解に苦しむ。スコットランド法委員会は現在、相続法の改革に従事しており、《親の死に際して遺族の受けるべき資産》に対する権利は、子がもはや親の扶助を受ける権利のない年齢に達しているときには、一応終了すべきであるとの意見が具申されている。

第 4 章 婚姻の法律上の帰結 II 動産

序

1881年（スコットランド）既婚女性財産法までは、一般準則として、妻により所有されたか、その後婚姻期間中に彼女により、たとえば遺贈によって取得された動産——金銭、株式、家具など——はすべて、夫の《夫権 *jus mariti*》の結果、彼女の夫に帰属した。夫は、その財産について望み通りのことができた。この準則には、婚姻契約の下での妻のための扶助規定および妻の《特有調度品 *paraphernalia*》、すなわち収納用具を含む彼女の衣服、宝石類といった限られた例外があった。1881年法は《夫権》を廃止した。妻が相続不動産、たとえば土地や家屋を所有していた場合、それは（婚姻後も）依然として彼女のものだったが、その不動産は、夫の《財産管理権 *jus administrationis*》の結果、彼女の夫によって管理された。《財産管理権》は、1920年（スコットランド）既婚女性財産法によって廃止された。

1881年法および1920年法の結果、スコットランド法は、婚姻は婚姻期間中の両配偶者の財産権に何ら影響を及ぼさないこと、またこの点に関して、彼らは他人として扱われることを認めた。夫婦の財産に関しては、スコットランド法は別産制である。これは1985年（スコットランド）家族法第24条に明記されており、同条は次のように規定する。

「……婚姻は、それだけでは以下のものに影響を及ぼさない。

(a) 夫婦の財産に関する婚姻当事者のそれぞれの権利」。

それゆえ、スコットランド法は、あたかも二人が結婚していないかのように、財産法の通常の準則を夫婦に適用することを基礎として運用される。別産制は、このようにして、夫婦の財産に関して配偶者間の法律上の平等を達成する。だが、実際には、われわれの社会では女性は子育てという重大な責任を負担することが依然として期待され、その結果、妻はその婚姻期間中財産を取得するに夫と同一の機会をもたないことがしばしばあるので、この制度は、結局は不公平をもたらしかねない。さらに、別産制は、夫婦が財産を取得する際、自分たち自身を他人とみなさないという事実を無視している。往々にして彼らは、婚姻上の住居や他の家庭内財産を購入するために、その資産を共同で出資するであろう。その上、財産、たとえば車は、しばしばそれを購入する配偶者の使用と享受のためではなく、家族の使用と享受のために購入される。こうした財産に関しては、財産法の通常の準則の適用は困難であり、かつ、非現実的な結果を導くおそれがある。

今日、スコットランドにおいては、夫婦——および、より少ない程度であるが同棲者——に関する財産法の準則は、彼らの財産上の法律行為における「家族」の要素を無視できないことが認められている。その結果、夫婦に特別に適用され、かつ彼らを他人として扱わない財産法の特別の準則が導入されている。

かくして、スコットランド法における夫婦についての基本的な財産制度はいまだに別産制だが、その一方で、今では当事者が結婚していることを認める財産上の特別の準則が存在し、これらの準則は、夫婦の財産の取引における「家族」の要素を考慮することが意図されている。これらの諸準則は、実際に別産制の厳格な適用から生じる不公正をある程度緩和した。

動産財産に関連する法は本章で検討される。婚姻上の住居に関する法は第5章で考察される。

結婚祝い

結婚祝いの所有権は贈与者の意図による。贈与者は贈与物が夫婦によって共有されることを意図していたのか、それとも配偶者の一方によってのみ所有されることを意図していたのか。贈与者の意図の直接証拠があるならば、なんら困難はない。だが、もしそうした証拠が入手できないと、問題が生じかねない。

McDonald v McDonald (1953 SLT. Sh Ct, 36) において、シェリフ裁判官は「通常適用される実際上の準則は、その贈与物を贈った者の友人もしくは親族であるところの配偶者が結婚祝いの所有者とみなされることになる」という見解をとった。しかし、贈与物が、たとえば電気トースターやヘルス・メーターのよ

うに、夫婦によって共同で《使用される》ことが意図されていたという理由だけでは、その贈与物が彼らによって共同で《所有される》ことを贈与者が意図していたことにはならない。とはいえ、時として、贈与者の意図は贈与物の性格から推定できる。だから、たとえばネックレスは妻への贈与と推定できるし、銃器一式は夫への贈与と推定できる。クライブは贈与者の意図の証拠がない場合には、結婚祝いの共同所有が推定されるべきことを提案するが、これが実際にスコットランドで現在行われている法であるかは疑問である。

夫婦間の贈与

贈与に関する通常の法は、夫婦間の有体動産の譲渡についても適用される。したがって、贈与に《反した》推定が一応適用される。だが、夫婦間の贈与は珍しくないで、その推定を覆すことは困難ではない。そこで、たとえばHがWにドレスを譲渡すれば、Hが彼女にドレスの贈り物をしようと意図していたことを証明する責任はWにあるが、Wが譲渡は彼女の誕生日あるいは結婚記念日もしくはクリスマスに行われたという証拠を持ち出せば、推定は容易に覆される。贈与に反した推定を覆すに加えて、譲受人はその財産の所有（権）が受贈者に移転する前に、その財産が自分に引き渡されたことを立証しなければならない。このことは贈与が行われる前に、財産が既に婚姻上の住居の中にある場合は、困難が生じかねない。

夫婦間の贈与は贈与者の生存中は取消するというコモン・ローの準則は廃止された。

配偶者によって購入された有体動産

有体財産、たとえば自動車を購入もしくは他の方法で取得した配偶者が一応それを所有することは別産制の基本原則である。それゆえ、Hが自動車を購入すれば、彼がその所有者である。両配偶者が購入価格を分担する場合、価格に対するそれぞれの分担分に応じて、その財産を共同で所有する。しかし、価格に対する共同の分担の証拠がない場合には、コモン・ローは、その財産が両配偶者と家族とによって使用されていたという理由だけでは共同所有（権）を推定しなかった。

どちらの配偶者がその財産に対する支払いを行ったかという証明の問題は別として、多分購入の日から相当の年月の後には、別産制は次のような状況で不正を引き起こしかねなかった。

a) Wが家子の世話をするために、数年間自分の仕事をやめると、彼女は所得

を得、財産を取得する機会を失うことになろう。コモン・ローはその期間中に夫によって取得された財産に対する所有権を彼女に認めなかった。

- b) 両配偶者が共に働いており、彼らが、たとえばHの所得は家計を営むために使用し、Wは自分の所得を骨董品を購入したり、ヴィンテージワインを蓄えるために使用することに合意している場合、コモン・ローはWによって購入された財産に対する所有権をHに認めなかった。

司法長官(ノルマン Normand)が *Harper v Adair* (1945 JC 21 at 28) で述べたように、配偶者が有体動産をその者自身の資金で購入するとき、その有体動産は購入した配偶者の財産であると推定される。他方配偶者が厄介な証明を果たし、購入した配偶者はその財産が共同で——使用、享有されるのと全く異なり——所有されることを意図していたことを証明できる場合にのみ、夫もしくは妻はその動産に対する権利を主張することができる。キース卿(Lord Keith)は *Preston v Preston* (1950 SC 253 at 261) で以下のように述べている。

「夫と妻は多くの場合、共に家計の共同の支出を分担する賃金労働者である。各自は共同資金に充当されない各自の所得部分の所有権を留保する。しかし、妻の分担分、あるいは妻の所得が彼女個人のニーズに対する夫の支出をある程度減じるかもしれないという事実が、妻に夫の所得の一部に対する——[したがって、夫の所得で彼が取得したいかなる財産についても]——請求権を認める理由はまったくない。また、私は、遺憾ながら、現代の立法の目標である妻の独立の確保を妨げる見解に支持を与える。」

それにもかかわらず、別産制の適用の不公正は実際には明らかであり、議会はかかる状態をある程度まで緩和すべく介入してきた。

家財道具

1985年(スコットランド)家族法第25条第1項は以下のように定めている。「第三者からの贈与、もしくは相続による以外で、婚姻を見込み、もしくは婚姻中に得られた家財道具に対する婚姻当事者の各自の所有権について、(婚姻中であれ、婚姻終了後であれ)問題が生じる場合、反証がない限り、各自が当該財産に対し同等の持分権を有すると推定される」。

家財道具とは、「婚姻当事者の共同の家庭生活のために、婚姻上の住居内で常時管理され、使用される家財(装飾品、装身具を含む)」と定義される。しかし、(a) 金銭もしくは有価証券、(b) 自動車、キャラバン車、またはその他の車両、(c) 家畜、は明文で除外されている。

以下の例を考えてみよ。

1. Hが骨董絵画を婚姻《前に》購入するならば、当該財産は婚姻前に取得されたので、同等の持分の推定は適用されない。しかし、婚姻前であってもHが結婚後に婚姻上の住居で使用する意図で支那絨毯を購入したならば、当該財産は婚姻を見込んで購入されたのであるから、同等の持分の推定が適用される。
2. Wが婚姻中に箱型大時計を相続する場合、第三者からの贈与もしくは相続により取得された財産は除外されているので、同等の持分の推定は適用されない。
3. Hが婚姻中にフットボール賭博で10,000ポンド勝ち、5,000ポンドを住宅金融共済組合に投資し、残りを婚姻上の住居で管理される骨董品を購入するために用いる場合、金銭と有価証券は明文で除外されているので、住宅金融共済組合に預託された金銭には同等の持分の推定は適用されないが、骨董品は家財道具であるから推定が適用される。
4. Wが婚姻中に、Hの仕事やレジャーのために使用される自動車を購入するならば、車両は明文で除外されているので、同等の持分の推定は適用されない。

第25条は家財に対する同等の持分の推定を生じさせるだけであるということが強調されねばならない。それゆえ、購入した配偶者に対しては、その者が、当該家財が共同で所有されることを意図しなかったことを主張するのであれば、(同等の持分の)推定を覆す証拠を提出し、また、それらは購入した配偶者によって完全に所有されるはずであったことを立証する途が開かれている。しかしながら第25条第2項は、同等の持分の推定は、「当事者が結婚しており、そして《ともに生活している》間に、当該家財が第三者から当事者のいずれか一人により、もしくは双方の同等ではない持分により購入された」という事実のみでは覆されることはないと定めている。

以下の例を考えてみよ。

1. 婚姻中、そして夫婦がともに生活している間に、Hが銀製のティーポットを商人から購入する。一応、そのティーポットは家財であって、同等の持分の推定が適用される。だが、Hが第三者から彼自身の金銭を用いてティーポットを購入したという単なる事実だけでは、それ自体としては推定を覆すには十分ではない。したがって、そのティーポットはHとWによって共同所有される。
2. 婚姻中、そして夫婦がともに生活している間に、Hが銀製のティーポットを商人から購入する。一応、そのティーポットは家財であり、同等の持分の推

定が適用される。しかし、もしHが、結婚《前に》婚姻を見込むことなく銀器を蒐集したことを証明できれば、この事実は彼が第三者から彼自身の金銭を用いてティーポットを購入したという事実と結びついて、推定を覆し、そのティーポットが彼のコレクションのために残りの銀器と共にHにより完全に所有されることを立証するに十分である。

3. 婚姻中、しかし夫婦が共に生活していない場合、Hが銀製のティーポットを商人から購入する。一応、そのティーポットは家財であり、同等の持分の推定が適用される。けれどもそのティーポットは夫婦が共に生活していなかった時に購入されたものであるから、第25条第2項は適用されない。そしてHがそのティーポットを第三者から彼自身の金銭を支払って購入したという事実は、それ自体で同等の持分の推定を覆し、その結果、そのティーポットはHにより完全に所有されることを立証するに十分である。

第25条と配偶者間の贈与についての法との相互関係には困難が存在するかもしれない。仮にHが婚姻期間中に絵画を購入すると、絵画は家財の部類に入るので、一応第25条が適用され、それゆえ同等の持分の推定がなされる。Hがその絵画をWの誕生日にWに譲渡する場合、Wは贈与に《反する》推定を覆し、Hは絵画が彼女に対する無条件の贈与であると意図していたことを立証することができる。もしWがそのようにできるならば、彼女はそれによって第25条の家財の同等の持分の推定を覆すことが認められる。

上記の例は、おそらくは難解であろうが、第25条の理論上の困難さはその明白な有用性を損なうと考えられてはならない。大多数の事例においてその推定が覆される余地はないし、その結果、夫婦は婚姻上の住居内に通常あるもの、すなわち耐久消費財、たとえば家具、カーペット、テレビ、冷蔵庫、調理器具、台所用品について同等の持分をもつと考えられる。さらに家財の定義は、家財は婚姻上の住居において保有、使用されねばならないばかりでなく、それらが「共同の家事のために」保有、使用されることを要する。だからして、専ら配偶者の仕事のために使用される有体動産、たとえばワープロや、専ら趣味のために使用される有体動産、たとえばゴルフクラブは、除外される。しかし銀製のティーポットの例のように、財産が蒐集家の品目として購入され、かつ夫婦の使用のために購入された場合には困難が生じる。かかる財産は先に概説した問題の原因となる家財として定義されよう。

正当化するにより一層困難なのは、おそらく、夫婦の収入からの共同出資の結果として購入されるのがしばしばであるような自動車、キャラバン車、またはそ

の他の車両の除外である。別産制の適用は全く思いがけない結果を生じさせることがある。他方、家族のペットの除外は非常に理解しやすい。

婚姻上の住居における家具・調度

1981年（スコットランド）婚姻住居（家族保護）法は、婚姻あるいは親族関係が破綻しているにもかかわらず、配偶者——一定の状況においては同棲者——に引き続き婚姻上の住居に住む権原を与える規定を含む。こうした権利は、住居の家具・調度を所有する配偶者がそれらを売却でき、その住居を空き家にする場合には、限られた価値しかないことが議会によって認識されていた。したがって、婚姻上の住居に居住する権利を有する配偶者、同棲者は、同法第3条第2項にしたがい、婚姻上の住居におけるどの家具・調度についてもその占有または使用を申請人に認める命令を申請できる。「家具・調度」とは、夫婦のいずれかにより所有または貸借された、そして「その住居が家族の住居として使用されるのを可能とするに合理的に必要とされる」婚姻上の住居のなかに据えられた物品を意味する。第3条第2項の命令は、夫婦が財産を共同で所有するときには利用できない。しかしこの場合、共同所有者は、申請者が財産を使用または占有するのを他方の共同所有者が妨げることが阻止する差止命令を申請できる。

第3条第2項にしたがい、裁判所は事件の諸般の事情を考慮して正当かつ相当と思われる命令をなすことができる。就中以下のことが考慮される。

- a) 夫婦の行為、
- b) 夫婦のニーズ及び経済上の資産、
- c) 家子のニーズ、
- d) 家具・調度のいかなる品目であれ、いずれかの配偶者の取引、業務、職業との関連で使用されることが、もしあるとすれば、その程度、
である。

非申請者が裁判所で意見を聴取される、あるいは代理される機会が与えられることを条件として、仮命令を下すことができる。しかし命令の効果が非申請者である方の配偶者を婚姻上の住居から排除することになる場合には、裁判所は命令をなすことができない。たとえば、家中に敷き詰められたカーペットの単独かつ排他的な占有あるいは使用命令。

家具あるいは調度が、買取選択付物品使用契約や、条件付売買契約の下で代金が支払われている場合、命令は契約の債務不履行を理由として財産を回復する賃貸人あるいは債権者の権利を害しない。しかし有利な命令が与えられた配偶者は、債務者に代わって契約にもとづく代金支払いをなす権利を与えられる。同様に、

彼ないし彼女は、家具・調度に必須の修復を行うことができる。いずれかの配偶者の申請に基づき、裁判所は配偶者間に当該費用を割当てることができる。

第3条第2項の命令の効果は、それゆえ、申請者が命令に定められた期間中当該財産を使用ならびに占有する権利をもつ程度にしたがい、婚姻上の住居の家具・調度と関連した夫婦の財産上の権利に優越することになる。第3条第2項は財産の占有と使用とを規制するにすぎないことが強調されねばならない。その所有権は、当然に、1985年(スコットランド)家族法第25条ならびにコモン・ローの準則に照らして確定される。さらには、1981年法における家具・調度の定義は第25条の趣旨からする家財の定義よりも狭い。なぜなら、それは第3条第2項の命令対象となりうる家族の住居として、その住居が使用されるのを可能とするに《合理的に必要とされる》家具・調度にすぎないからである。以下の諸例は、この二つの規定の相互関係を例証する。

1. Hが婚姻期間中にベッドを購入する。同等の持分の推定が適用され、その推定は覆らない。HとWはそれゆえそのベッドを共同で所有する。ベッドはその住居が家族の住居として使用されるのを可能とするに合理的に必要とされる物品であるが、Wはそのベッドの使用と占有のために第3条第2項による命令を申請できない。なぜなら、第3条第2項は家具・調度が夫婦の一方により単独で所有されている場合に適用されるからである。しかしながら、コモン・ロー上は、Wは共同所有として、Hがそのベッドを処分するのを妨げる禁止命令の権利が与えられる。
2. 婚姻期間中にHが祖母から食堂用家具一式を相続する。同等の持分の推定は適用されず、その家具一式は完全にHにより所有される。しかしそれらの家具がその家の唯一の食卓であり、椅子であるならば、それらの家具は、その住居が家族の住居として使用されるのを可能とするに合理的に必要とされるので、Wはその使用と占有のために第3条第2項による命令を申請できる。
3. Hが婚姻期間中に油絵画を相続する。同等の持分の推定は適用されない。Hはそれゆえその絵画を完全に所有する。しかし絵画はその住居が家族の住居として使用されるのを可能とするに合理的に必要とされないもので、Wはその絵画の使用と占有のために第3条第2項の命令を得ることができない。

ここでまた、こうした理論上の困難さは第3条第2項の明白な有用性を減ずるものとして認められるべきではないことが強調されるべきである。さらには、財産所有権の付随条件はその財産の取得が利する家族のために優先されねばならないこともある、ということが承認される。とりわけ、家子のニーズは第3条

第2項の命令が下されるべきか否かを決定するに重要な要素である、ということが注意されるべきである。

金銭及び有価証券

これまで見てきたように、金銭と有価証券は家財における同等の持分の推定から明文上除外されている。金銭または有価証券の所有権はそれゆえ通常の財産法上の準則によって、すなわち別産制にしたがって決定されることになる。したがって、たとえばHが住宅金融共済組合口座に自分の名義で、5,000ポンドを預ける場合、口座の金銭は一応彼に属する。しかしながら、たとえば、その金銭はWによって投資のためにHに移転され、それゆえその金銭はWに属する、と主張する途がWに開かれている。彼女は贈与に反する推定の利益を有しており、自分の主張を実証するために提出できる証拠の種類において制約されない。

問題は共同の銀行預金口座に関連して生じた。口座が夫婦の共同の名義で開設されている場合、銀行との合意の条件によるが、これによっていずれかの配偶者によって振り出された小切手を引受け、または預金口座の場合は、金銭の支払いを求められたとき夫婦のいずれかに対し金銭を支払う義務を銀行に負わせることができる。口座が共同の名義であるという事実は、口座における金銭の所有権を決定しない。一方配偶者がその口座中の資金の単独の分担者だった場合、贈与の証明がない場合には、その口座が管理の便宜のためにのみ開設されていて、口座中の金銭が分担した配偶者のものであるということが推定される。夫婦《双方》がその資金を分担していた場合、彼らは口座が共同資金 (common purse) として使われることを意図していたこと、および口座中の金銭は共同で所有されることが容易に推測されるだろう。

一方の配偶者が財産を購入するために共同口座から金銭を引き出す場合、たとえ口座が管理のためにのみ開設されていたとしても、一応その財産は無条件にその配偶者のものとなる。しかしながら、配偶者が家財を購入する場合、同等の持分の推定が1985年(スコットランド)家族法第25条によって適用される。

同様の原則は住宅金融共済組合に出資された金銭にも適用される。

家計からの貯蓄

別産制の最も過酷な帰結の一つは、たとえば、夫が妻に家計費を提供し、妻が節約によってその金銭のうちいくらかを貯蓄することができた場合であった。夫はその金銭を家庭を営むために使用することを意図していたため、贈与は推定さ

れえなかった。その結果として、夫が妻によってなされた貯蓄の所有者だった。1964年既婚女性財産法は、その状況を緩和することを企てた。同法は、夫が妻に与えた家計費から妻によりなされた貯蓄は、それと反対の合意がないときには、夫婦により共同で所有されると推定される、と規定した。1964年法は妻が夫に与えた家計費から夫によりなされた貯蓄には適用できないという点で欠陥があった。こうした状況ではいかなる貯蓄も今までどおり妻により所有されることになる。この差別的要素は今では除去された。1985年(スコットランド)家族法第26条は次のように定める。

「共同の家計費または類似の目的のために、いずれかの当事者により与えられた手当に由来する金銭、またはそのような金銭により取得された財産に対するいずれかの婚姻当事者の権利に関して(婚姻中であれ、婚姻終了後であれ)なんらかの問題が生じた場合、その金銭または財産は、彼らの間で別の合意がないときは、同等の持分で各当事者に属するものとして扱われる。」

第26条が、夫により妻に与えられた手当と、妻により夫に与えられた手当の両方に適用されることは明らかであろう。その手当は「彼らの共同の家計費または類似の目的」のためでなければならない。譲渡抵当割賦金の支払いのために、一方の配偶者に与えられた金銭はその定義内に含まれるとは考えられない。「その手当に由来する」金銭または財産は広い意味を与えられている。Pyatt v Pyatt(1966 SLT, Notes. 73)において、フレイザー卿(Lord Fraser)は、妻がリトルウッズ(Littlewoods)フットボール籤で得た賞金は、妻が家計から賭金を持ち出した場合には、その手当に「由来する」と判示した。賞金は賭金を提供した手当と妻の幸運の双方から生じた。賭金は不可欠であったので、賞金はその手当に由来しており、その結果として夫は賞金の半額に対する権利を与えられた。

第26条の適用は、いくつかの奇妙な結果を生じうる。次の例を考えてみよ。WがHに家計費を与える。Hはその手当のいくらかを馬に賭けるために使う。Hは1,000ポンドを得る。彼は500ポンドを住宅金融共済組合口座に入れ、残りの金銭で中古のキャラバン車を購入する。Pyatt v Pyattに従って、Wは住宅金融共済組合口座の500ポンドの半額、すなわち250ポンドの権利を有し、キャラバン車の共同所有者である。Wはキャラバン車の半分の持分の代わりに、口座中の500ポンド全額を選択する権利を有しない。

1880年(スコットランド)既婚女性保険証券法

AがBのために保険に加入する場合、Bは証券がBに引渡されるか、または証

券にもとづく権利がBに提示されるまで、その証券に対する権利を有しない。夫もしくは妻が他方の配偶者（または子）のために自身の生命に関する生命保険に加入する場合には、この原則に対する例外がある。このような状況では、その証券は彼らへの証券の引渡または提示の必要なしに、直接の権利を取得する受益者のための信託において被保険者によって保有されると考えられる。

第5章 婚姻の法律上の帰結Ⅲ：婚姻上の住居

序

夫婦が所有しそうな最も重要な不動産は、婚姻上の住居である。近年ますます、結婚した二人は、夫婦の一方もしくは双方によって所有される住居で暮らすようになっていく。スコットランド法においては、不動産に対する権原は封建的土地保有態様にもとづき保有される。不動産が売却される場合、捺印証書が占有登録簿に記録されるか、権益がスコットランドの土地登録簿に登記されなければならない。記録もしくは登記まで、買主はその財産の物的権利を有しない。すなわち、彼はいかなる者に対しても有効な、所有権にもとづく権利を具備した所有者ではない。売主に対して買主は、しかしながら、もし売主が記録もしくは登記の前にその財産を第三者に処分した場合、契約違反を理由に売主を訴える対人的権利を有する。多くの男女は、婚姻上の住居を即金で購入することはできず、必要額を銀行が住宅金融共済組合（不動産債権者）から借り入れなければならない。ローンが返済されるまでは、銀行もしくは住宅金融共済組合は、その家屋に対する不動産担保（譲渡抵当）を有する。その結果、ローン（およびその利息）が返済されない場合、債権者はその家屋を売却することができる。この形態の不動産担保は典型担保として知られ、それ自体が占有登録簿に記録されるか、スコットランドの土地登録簿に登記される。

言うまでもなく、多くの男女は住居を購入することができない。その代わりに、彼らは単に住居を賃借する。1974年以降、居住用不動産の賃貸借は20年間を超えては認められない。したがって、ほとんどの賃貸借は長期ではなく、賃貸借契約に明記されている通知によって終了させることができる。しかしながら借家人は、立法の結果、公的住宅部門及び私的住宅部門双方において相当程度の不動産賃借権の保護を享有する。不動産賃借権の保護を有する者が賃借人（tenant）である。共同不動産賃借権もありうるが、不動産は夫婦の一方の名義、それも通常は夫の名義であることがむしろ普通である。

たとえば、不動産が夫により所有されるか、不動産賃借権が彼の名義で取得されている場合、彼らの婚姻が破綻し始めるなら、妻は婚姻上の住居の継続的居住に困難をおぼえることがあるのは明白であろう。1981年(スコットランド) (家族保護) 婚姻住居法の結果、(1981年法における) 配偶者の婚姻上の住居の居住権は大いに改善された。それらの権利がこの章でかなり詳しく議論されるであろう。しかしながら、その議論に入る前に、婚姻上の住居の所有の問題に対する別産制の作用を考察しなければならない。

婚姻上の住居の所有

配偶者の一方の名義による権原

ある者が不動産を購入し、その不動産に対する権原がその者の名義で取得されるとき、その者がその不動産の所有者である、というのがスコットランド財産法の基本原則である。かくして、たとえば、Hが家屋を購入し、その家屋に対する権原がHの名義で取得されるならば、彼がその家屋の所有者である。これは別産制の不可避の帰結である。その家屋が婚姻上の住居として使われるという事実は、所有権の問題と無関係である。

家屋が配偶者の一方の資金のみによって購入されるときには、別産制の原則の適用は正当化される。だが、実際には、住宅は譲渡抵当の方法により購入されることがより多いであろう。男女はしばしばその婚姻上の住居を取得するためにその資産を共同出資することに合意する。たとえば、妻が頭金あるいは譲渡抵当の分割払いに直接的な経済上の寄与をするかもしれない。あるいはそうではなく、夫婦は、夫の稼ぎを譲渡抵当の分割払いに用い、他方、妻の稼ぎは家計費に用いることに合意するかもしれない。かかる状況では、妻は婚姻上の住居の取得に間接的な寄与をなしたことになるであろう。それでもなお、権原が夫の名義で取得されたならば、たとえ妻の直接・間接の経済上の援助なくしては住宅を購入できなかったとしても、夫がその家屋の単独所有者となる。こうした状況での別産制原則の適用の不公正さは一目瞭然である。

イングランドでは、婚姻上の住居の取得に直接または間接に経済上の寄与をなした妻は、その不動産に対する権益を獲得する場合もある。裁判所はかかる状況下では、夫は妻のためにその不動産を黙示の信託、法定信託、または復帰信託に基づき保有していると推定しうるからである。家屋に対する妻の権益の範囲はその寄与の程度に比例する。しかしながら、このような線にそった解決は、1696年の白地証書及び信託法 (blank bond and trust Act 1696) の結果、スコットラ

ンド法では受け入れられない。Aが無償でBに不動産を譲渡し、Bはその不動産に対する文面上有効な、買戻し不能の権原をBに認める証書によりその不動産を保有する。すなわちBはその証書からは不動産の所有者であることが明らかであり、その証書は信託証書とみなされる。BはAのために受託者としてその不動産を保有しているのであるから、Aはその財産に権益を有するとAが後に主張する場合、1696年法のもとでは、信託の証明はBの、つまり申し立てられた受託者の、文書もしくは宣誓に限定される。

1696年白地証書及び信託法は夫婦間の争いに適用されると判示されている。その意味するところは以下の諸例で考察される。

例 1

Hは不動産購入のためにWに30,000ポンドを譲渡し、その権原は税金対策のためW名義で取得されるとする。Wは文面上有効な買戻し不能の権原をもつゆえ、Hが後に、その不動産はHのための信託に基づきWが保有する不動産であると主張する場合は、1696年法が適用される。その結果、信託の証明はW、つまり申し立てられた受託者の文書もしくは宣誓に限定される。しかしながら、Hが自分の代理人としてその不動産を購入するようWに告知し、その委任に反して、Wが自らの名義でその権原を取得するならば、申し立てられた代理、およびその後のWの詐欺の証明は、Wの文書もしくは宣誓に限定されない。1696年法が適用されるには、Wは不動産に対する権原をHの同意のもとで取得していなければならない。

例 2

1960年に、ある家屋が3,000ポンドだったとする。WはHが婚姻上の住居としてその家屋を購入するために用いるよう、1,500ポンドをHに無償で譲渡した。Wの同意をもって、その不動産の権原はHの名義で取得される。その家屋は現在30,000ポンドの価値がある。Wが自分はその家屋の2分の1を所有すると主張する場合、彼女は、HはWのための信託にもとづきその不動産の2分の1までを保有すると申し立てているのだから、1696年法がWに適用され、信託の証明はHの、つまり申し立てられた受託者の文書もしくは宣誓に限定される。もし彼女がかかると証拠により信託を立証しえなければ、彼女はその不動産価値の2分の1に対する権利を主張しようとするに失敗することになろう。

Wはもちろん、Hに譲渡した1,500ポンドの回復を求めることはできるが、もし彼女がそれに成功するとしても、彼女はその家屋の増加した価値につい

て何らの持分も受け取れない。その1,500ポンドを回復することにさえWは困難をおぼえるだろう。贈与に反する推定は彼女に有利にはたらく一方、スコットランド法では債務の証明は債権者、つまりHの文書もしくは宣誓に限定されるのである。

例3

ある家屋が1960年に3,000ポンドであるとする。その家屋を購入し、その権原を共同名義で取得するつもりだと告知したHに対し、Wは無償で1,500ポンドを譲渡した。権原はHだけの名義で取得される。かかる場合Hは詐欺罪にあたり、Wはその証書の補正の訴訟を提起するか、Hを不法行為で訴えることができる。権原の成立に関して詐欺が存在するのだから、1696年法は適用されない。詐欺の証明は、したがって、Hの文書もしくは宣誓に限定されない。もしその家屋が現在30,000ポンドの価値があるならば、Wは15,000ポンドに対する権原を有する。

他方、Wは、権原が共同名義で取得されると誤信して1,500ポンドを譲渡し、かつHが単独名義で権原を取得したとき、詐欺の罪がないならば、この場合、権原は詐欺によって損なわれていないので1696年法が適用されるゆえ、Wは損害賠償の一般原則にもとづき1,500ポンドを回復できるにすぎない。同様に、権原が共同名義で取得されていると誤信して、Wがその不動産を改善するために金銭を費やした場合は、彼女はその改善価値の範囲までの損害賠償を取得する。

例4

その家屋の購入にあたってはHが頭金を支払い、かつ抵当分割払金を支払うことにHとWは合意する。Hがそれをなすことができるようにするため、Wは彼女の所得を家計費に用いることに合意する。不動産の権原はHの名義で取得され、Hは典型担保を譲与する。Wはその婚姻上の住居の取得に間接的な寄与をなしたにもかかわらず、彼女には1696年法が適用されるので、彼女はその不動産に対する權益を取得することができない。詐欺もしくは錯誤がない場合、彼女はまた、間接的な経済的寄与に対してなんらの損害賠償も得られないであろう。

以上の諸例において、妻が、その婚姻上の住居の取得についての直接的、または間接的な経済的寄与に相応した婚姻上の住居の価値に対する持分を得る唯一の手段は、その不動産の真の、もしくは信託的な所有について配偶者間での合意を確立することであろう。そのような合意は《文書による債務関係 obligatio

literis)ではなく、つまり、文書でなされる必要はないが、かかる合意はたやすくは推定されないだろうと考えられる。たとえそのような合意が存在したとしても、それは配偶者間を拘束するにすぎず、その不動産に法的権原をもつ配偶者がそれを第三者に売却することを妨げず、この第三者はスコットランドの占有登録簿もしくは土地登録簿にあらわれた権原に依拠することか認められている。

後にみるように、離婚によって配偶者は、とくに、婚姻上の住居の価値の半分を一応受領する。しかしクライブが述べているように、「配偶者間の財産問題は離婚にもとつてのみ生じるのではない。」

両配偶者名義の権原

既に見てきたように、夫婦は次第に共同名義で婚姻上の住居の権原を取得することが多くなりつつある。このことは前節で論じられた問題の多くを解決する一方で、双方の名義で権原を取得することはそれ固有の困難を生じさせる。

ある家屋の権原が共同名義で取得される場合、その不動産は共同財産とみなされる。このことは、その不動産が分割されずに占有される一方で、夫婦の各々がその財産の半分に対して自身の独立した権原を有すること、つまり、各々の配偶者は財産価値の半分の《分割されないものとしての pro indiviso》持分を所有することを意味する。したがって、各々は生存中その持分を第三者に売却あるいは贈与することにより、共同所有者である配偶者の意思に反して、その持分を処分する権原を有する。同様に、遺言により、配偶者は各々その持分を自由に処分できる。

紛糾した事態は夫と妻《と生残者》の名義で権原を取得するという不動産譲渡の慣行から生じている。これは、特別指定 (special destination) として知られている。たとえば、夫の死亡により不動産の夫の持分は自動的に妻に、生残者に、移転する。このことは、妻は死亡した夫の《分割されないものとしての》持分を夫の債務全てから免れて受領するという利点をもつ。しかしそこには困難も存在する。夫婦がその生存中持分を引き続き自由に処分できる一方で、特別指定は配偶者が遺言によりその持分を処分することを妨げる。夫婦がともに不動産の購入に寄与した場合、裁判所は、生残者に対する特別指定から、当事者間には契約関係が存在することを容易に推論するであろうし、どちらも遺言証書によってその取決めを撤回できない。当事者の一方のみが家屋を購入した場合、この原則は不動産を購入した配偶者には適用されず、したがって彼または彼女は引き続き自由にその《分割されないものとしての》持分——もちろん、他方配偶者の持分ではない——を遺言により処分できる。さらには、後者は実際上、贈与としてその持

分を受領したのであるから、裁判所は、贈与者が生残者であるなら、贈与者がその持分を獲得するとの条件で受贈者がその贈与を取得したことを容易にほのめかすだろうし、その結果、受贈者は遺言によってその持分を処分できないことになる。しかしこうした状況においてすら、受贈者は生存中その持分を自由に処分できる。長所はあるとしても、こうした困難さのゆえに、夫婦及び生残者に対する特別指定の利用は思い止まるべきである。

婚姻上の住居の居住

前節でわれわれは婚姻上の住居の所有権の問題を議論した。この節では、婚姻上の住居の居住という別の、だが関連する問題を考察する。二つの状況が考えられる。すなわち、a) 一方配偶者が不動産に法律上の権原を有するか、あるいは賃借人であり、かつ他方配偶者がその不動産についてなんら所有権にもとづく権益を有しない場合、次に b) 双方の配偶者がその不動産に権益を有する場合、である。

一方の配偶者が法律上の権原を有するか、あるいは賃借人である場合

コモン・ロー上、法律上の所有者、ないし賃借人はその不動産の排他的な占有権を有した。だから、たとえば、Hが婚姻上の住居を所有したならば、彼はWに退去を命じることができた。Wが拒否しても、Hは家屋に対するアクセスを妨げる差止命令を得ることができた。Hは依然としてWを扶助する義務を負ったが、このことはWが婚姻上の住居に居住することを引き続き許容することをHに義務づけはしなかった。

McLure v McLure (1911 SC 200) において、仕事と婚姻上の住居の両方に使用されていたホテルの賃借人であった夫は、相当の扶助料を支払い続けることを条件に、正真正銘の飲んだくれの妻を住居から締め出す排除命令を認められた。この判例に Millar v Millar (1940 SC 56) 判決も追随した。その事件では、夫に不動産を賃貸していた妻は、屋敷から退去するよう夫に通知する権利があると判示された。不動産を所有するこの妻が、その夫を遺棄していたこと、そしてその不動産が婚姻上の住居として使用されていたことは関わりがない。

婚姻上の住居を所有する、またはその賃借人である配偶者は、所有しない配偶者に退去を命じる権利を有するというコモン・ローの準則は、1981年(スコットランド)(家族保護)婚姻住居法の結果として根本的に変更されている。

制定法上の権利の性質

第1条第1項によって、「権原を有する配偶者」たる一方配偶者が婚姻上の住居

の所有者もしくは賃借人であり、「権原を有しない配偶者」たる他方配偶者がその所有者もしくは賃借人でない場合、権原を有しない配偶者は次のような制定法上の権利を有する。

- a) 婚姻上の住居に居住している場合、それを継続する権利。
- b) 婚姻上の住居に居住していない場合、そこに立入り、居住する権利。

婚姻上の住居に居住する権原を有しない配偶者のこれら制定法上の権利は、「家子とともに」居住する権利を含むことは明白である。

この規定の効果は、権原を有しない配偶者に婚姻上の住居に家子とともに居住する安定的な権利を与えることである。「婚姻上の住居」は広い意味をもつ。それは家屋、トレーラー、ハウス・ボート、その他「家族の」居所になっている建造物を含む。「家族の居所」という語が用いられてはいるが、それが子をもつ家族に限定されないことは明らかである。二つないしそれ以上の家族の居所——たとえば、タウンハウスと田舎の別荘——があるならば、権原を有しない配偶者は、双方（ないしはそれ以上）の家屋に居住する制定法上の権利を有する。他方、一方配偶者が他方配偶者と別居して暮らす家屋を取得したならば、たとえ家子もそこに住んでいるとしても、これは婚姻上の住居を構成しない。家子とは、どちらかの配偶者の子あるいは孫、あるいはいずれかの配偶者よってあたかも子であるかのように養育され、または受け入れられた者を含む。子の年齢は無関係である。したがって、たとえば、いずれかの配偶者の、重いハンディキャップを負った成年の息子や娘は1981年法の趣旨では家子となるであろう。

夫婦が婚姻し、権原を有する配偶者が婚姻上の住居を取得するするやいなや、制定法上の権利が生じる。この権利は、たとえ夫婦が別居しても婚姻中は存続する。しかしながら、婚姻が死亡もしくは離婚に終わるとき、それらは消滅する。非常に重要なことだが、権原を有しない配偶者の権利は、婚姻中に婚姻上の住居が第三当事者に売却され、あるいは他の仕方でも処分されても消滅しない。

婚姻上の住居の維持及び管理

制定法上の居住権を保証するために、権原を有しない配偶者は、権原を有する配偶者の同意なしに、とりわけ賃借料、譲渡抵当割賦金、税金等を権原を有する配偶者の代わりに支払い、必須の修繕、又は裁判所により居住権の相当な享受に相当と認められた必須ではない修繕を行い、そして婚姻上の住居の居住を確保するために必要なその他の手段も講ずる権利を有する。裁判所はかかる費用を夫婦間に割り当てる権限を有する。

規制命令

第3条により、裁判所は夫婦の婚姻上の住居の居住を規制する権限を有する。裁判所は、権原を有しない配偶者の制定法上の居住権を確認し、実施または保護し、権原を有する配偶者の居住権を制限し、そして、両配偶者の居住権を規制する命令を下すことができる。裁判所が、その不動産が婚姻上の住居を構成することを得心するとき、権原を有しない配偶者の制定法上の権利を確認しなければならない一方、第3条にもとづく他の権限の行使は自由裁量である。第3条第3項によって、裁判所は「以下のものを含む、当該事例の諸般の事情を考慮して、正当かつ合理的」と思われる命令を下さねばならない。

すなわち、

- 「a) 夫婦相互、あるいはその他に関しての夫婦の行為。
- b) 夫婦の各々のニーズ及び、経済上の資産。
- c) 家子のニーズ。
- d) (i) 婚姻上の住居が・・・いずれかの配偶者の取引、業務、職業との関連で使用される場合、(もしあるとすれば) その程度。そして、
- e) 権原を有する配偶者が権原を有しない配偶者に適切な代替住居を利用可能にするように現に申し出るか、あるいは、申し出たかどうか。」

仮命令は必要もしくは得策と考えられるなら可能であり、損害賠償は居住権の喪失または侵害に対して有効である。しかしながらその効果が権原を有する配偶者を婚姻上の住居から排除することになる場合、裁判所は第3条第3項による命令を下すことはできない。権原を有しない配偶者の制定法上の権利の確認判決を与える権限は重要だが、実際には第3条第3項による規制命令を下す裁判所の権限はほとんど利用されていない。

排除命令

同法第4条により、裁判所は、しかしながら、配偶者のいずれかを婚姻上の住居から排除する権限をもつ。命令は、権原を有する配偶者が権原を有しない配偶者のどちらかによって請求されよう。第4条第2項により、裁判所は、
「申請者あるいは家子の肉体的、精神的健康に有害な、もしくは有害であろう非申請配偶者のなんからかの《行為》、あるいは脅迫的あるいは相当程度懸念される行為から申請者あるいは家子を保護するために、命令を下すことが《必要》と思われる場合、排除命令を下す《ものとする》。」

しかしながら、第4条第2項の強制的な言いまわしにもかかわらず、裁判所は第3条第3項に明記された諸要素を含む当該事例の諸般の事情を考慮して〔命令を下すことが〕正当と認められない、あるいは相当でない場合は、排除命令を下

すべきではない。仮排除命令は利用可能だが、必要な基準はやはり満たされねばならない。

第4条の解釈はスコットランドの裁判所に多くの困難を引き起した。初めは、裁判所が宣誓供述書による証拠に基づいて審理を進行中のときに、仮命令を認めることにためらいがみられた。Bell v Bell (1983 SLT 224) 及び Smith v Smith (1983 SLT 275) において、控訴裁判所上級審理部は第4条第2項における必要な基準は、「高度かつ厳格な」テストであると判示した。裁判官は申請の時点で、申請者が婚姻上の住居に暮らしていないのであれば、その基準は満たされることはないであろうことを指摘した。このことは、法務長官(ウィートレイ Wheatley) が Colagiaco v Colagiaco (1983 SLT 559) で、かかる危惧を除去しようと試みるまではかなりの懸念の原因となった。

「Bell v Bell にしたがって、仮排除命令は配偶者が双方とも婚姻上の住居に居住しているときに認められるだけである、という誤解が存在するのであれば、そうした誤解はできるだけ早く除去するに越したことはない。当事者の一方だけが婚姻上の住居に居住しているという事実は、考慮されるべき要因であるが、それ自体決定的な要因とみなされるべきではない。」

申請者が婚姻上の住居を立ち去ったその後の諸事例では、排除命令が認められたが、第4条第1項は排除命令の申請は「その配偶者〔申請者〕が申請の時点で居住しているか否かにかかわらず」なしうると現在では明確に規定している。

Bell v Bell 及び Smith v Smith において、裁判官はさらに、申請者に対する妨害を禁じる婚姻上の差止命令が充分な保護になる場合は、排除命令はなされるべきではないと述べた。これは「理不尽な状況 Catch 22 situation」をもたらしかねなかった。たとえば妻は妨害排除差止命令を申請していなければ仮排除命令を認められず、かかる差止命令を得たとしても、夫がその差止命令に違反したという証拠がなければ排除命令は認められなかった。しかしながら、Brown v Brown (1985 SLT 376) でダンパーク卿は、〔排除〕命令を下すことが正当と認められない、もしくは不合理であるかどうかを考慮するにあたり、シェリフ裁判官もしくは控訴裁判所裁判官は、とりわけ婚姻差止命令で充分であるかどうかを考慮しなければならないが、婚姻差止命令は排除命令の先行要件ではない、と判示した。更に、第4条の命令を下すに際しては、裁判官は差止命令では充分ではない理由を陳述しなければならない。たとえば、ブラウン〔事件〕の事実によれば、夫は酔ったときに乱暴なだけであり、こうした行為は差止命令の存在によって影響を受けないので、差止命令は充分ではなかった。

最後に、Bell v Bell では、裁判所が仮排除命令を下すのは、命令が下されなかったとしたら申請者が「重大な侵害もしくは取りかえしのつかない損害」を受ける危険にさらされることを得心した場合に限られる、という主張を支持する付随意見がある。しかしながら、MaCafferty v MaCafferty (1986 SLT 650) で控訴裁判所上級審理部は非申請者のいかなる行為、あるいは脅迫的もしくは相当程度懸念される行為が「申請者もしくは子の肉体的、精神的健康に有害であるか、もしくは有害であろう」ことで充分であると規定する必要性テストに対して、この付随意見は不必要な注釈であると判示した。

このような展開にもかかわらず、排除命令の基準がたやすくは満たされないことは疑問とされてこなかった。申請者は非申請者の《行為》(脅迫であれ、相当程度懸念される行為であれ)が申請者もしくは子の肉体的または精神的健康を現に傷つける、ないし傷つけるであろうがゆえに、その命令は申請者もしくは家子の保護のために《必要》であることを裁判所に得心させなければならない。便宜性のテストの衡量にもとづき、申請者や家子が婚姻上の住居に排他的に居住することがのぞましいという事実では充分ではない。第4条第2項は明文上、申請者もしくは家子の肉体的または精神的健康に対する危害を含むとはいえ、これは非申請者の《行為》によって引き起こされねばならず、単に婚姻の破綻の結果であってはならない。かくして、Matheson v Matheson (1986 SLT (Sh Ct) ,2) において、申請者である妻の苦境が、婚姻が破綻したにもかかわらず婚姻上の住居に暮らしつつけようとする夫の要求の結果にすぎない場合、シェリフ裁判官は排除命令を下すことを拒否した。

「・・・裁判所は、別居した者としてその住居に滞りたいという一方の当事者の要求により引き起こされた夫婦間の緊張が唯一の実際問題である場合、とくに当座の問題として、一配偶者の婚姻上の住居を使用する権利を剝奪するに性急であってはならない。」

最後に、たとえ必要性テストが満たされるとしても、第3条第3項に挙げられた諸要素を含む事例のあらゆる状況において、そうすることが正当でないか、相当でないならば、裁判所は排除命令を拒否することができることが常に想起されるべきである。しかしダンパーク卿が Brown v Brown において述べたごとく、控訴裁判所上級審理部は、

「配偶者の保護に必要な命令が『正当化されない、または相当でない』状況を想定するのに困難をおぼえた・・・。」

MaCafferty v MaCafferty (1986 SLT 650) において、ダンパーク卿は排

除命令の申請にあたり、裁判所は4つの質問を行うべきであると述べた。

- (1)申し立てられた行為の性格と質は一体どのようなものか。
 (2)同居が継続すると、その行為が繰り返されそうであることを裁判所は得心するか。
 (3)その行為は、申請者または家子の肉体的または精神的健康に有害であったか、繰り返されるならば、あるいは有害となるのか。
 (4)もしそうであるなら、この請求された命令は申請者または家子の肉体的または精神的健康の将来にわたる保護のために必要であるか。]

排除命令の必要性は、婚姻上の差止命令が十分な保護を与えないことを裁判所が得心した場合に確認されるにすぎないが、われわれが見てきたように、婚姻上の差止命令は排除命令にとって先行要件ではない。

排除命令申請の成功は、必要性テストが満たされたと判断する控訴裁判所裁判官やシェリフ裁判官といった第一審の裁判官の姿勢に大きく依存していることは明らかであろう。「道理を弁えた控訴裁判所裁判官(またはシェリフ裁判官)ならば、こうした決定に到達するはずがなく、しかも彼がまったく誤っている」のでない限り、上訴裁判所は裁判官の判断に干渉しないので、このことは重要である。

立法に本来的に伴う困難さや實際上経験される困難さがどのようなものであれ、第4条によって与えられる保護は、家庭内暴力の犠牲者であるスコットランドの妻や子の保護において重要な前進であることは疑うべくもない。必要性の基準は狭すぎるとして批判されるが、悲しむべきことだがスコットランドにおいては、少なくとも家庭内暴力の最もはなはだしい形態——アルコールに関連した暴力行為を含む——を明らかにカバーすることは明らかである。しかしながら、婚姻が破綻している場合、家子のニーズは最優先すべきであり、また失敗した婚姻の子の福祉を最優先に考慮して、便宜性の衡量にもとづき子の監護権をもつ配偶者が婚姻上の住居に排他的に居住するのがのぞましい場合、裁判所は配偶者を婚姻上の住居から排除する権限を持つべきであるという主張にも考慮すべきものがある。

制定法上の権利と第三当事者

権原を有しない配偶者の制定法上の居住権は、権原を有する配偶者の不動産の取引の結果として害されない。取引とは、婚姻上の住居の売買や賃貸借、あるいはその住居の不動産担保の譲与を含む。かくして、たとえば権原を有する配偶者は今まで通り婚姻上の住居を売却することができるが、買主は権原を有しない配

偶者の制定法上の居住権という条件付の不動産を購入することになる。更に、第6条第1項bにより、権原を有しない配偶者がその不動産に関する制定法上の居住権を享有しつづける間は、買主は婚姻上の住居、あるいはその一部に居住する権利を持たない。この規定は、それが第三当事者に対して、権原をもたない配偶者の制定法上の権利を保護する限りにおいては賞賛に値するが、しかしその制定法上の権利は占有権登録簿に記録されておらず、またスコットランド土地登録簿にも登記されていないので、明らかに不動産譲渡上の困難を生じさせることは明らかである。かくして、第三当事者は善意かつ登記簿を信頼して家屋を購入するであろうが、その住居は、売主の、権原を有しない配偶者が制定法上の権限をもつところの婚姻上の住居であるため、その不動産に自分が居住することができないことを知るだけである。

1981年法はこの問題に対する様々な解決策を与えている。権原を有しない配偶者は書面で婚姻上の特定の住居に関する制定法上の権利を放棄することができる。但し、放棄がなされる時は、権原を有しない配偶者が、放棄は自由かついかなる強制もなしになされたことを公証人の前で宣誓、あるいは確認したことを条件とする。以上のような放棄がなされる場合、その不動産にはもはや制定法上の居住権の条件が付かない。同様に、権原を有しない配偶者がその取引に同意した場合は、居住権は第三当事者に対して効果を及ぼさない。権原を有しない配偶者が同意を拒んだ場合、裁判所はとりわけその同意が相当な理由もなく与えられていないことを事由にして、同意を不要とする権限を有する。裁判所が取引に対する権原を有しない配偶者の同意を不要とした場合、第三当事者は制定法上の居住権による影響を受けない。また、権原を有している配偶者が婚姻前あるいは1981年法の発効以前の取引に関して、拘束力のある債権債務関係に入っていた場合にも除外規定が存在する。権原を有する配偶者が、たとえば、第三当事者に婚姻上の住居を売却して、その住居に居住する権原を持つことを永久に失ってしまった場合、権原を有しない配偶者の制定法上の権利は、その配偶者がそのとき以後いかなる時点においても継続して5年間その不動産に居住していなければ、第三当事者に対しては行使できなくなる。たとえば、Hは権原を有する配偶者であり、彼は1983年にXに対して婚姻上の住居を売却する。Wは1985年1月に婚姻上の住居を出る。以後、Wがその後の5年間のいつ何時も婚姻上の住居に居住しなければ、Wの制定法上の居住権は1990年1月以降はXに対して対抗できない。

しかしながら実際は、最も重要な例外が第6条第3項eにみられる。この条文は、権原を有しない配偶者の権利は次の場合には第三者に対して対抗できない、

と規定する。

「善意で行為した第三当事者に対する売却を含む取引において、その取引の時点、あるいはそれ以前に、売主より第三当事者に対して、以下のものの提示がなされた場合、すなわち、

- (i) 売主により宣誓あるいは確認された売買の対象が、売主の配偶者が居住権を有する婚姻上の住居ではないと宣言する宣誓供述書。あるいは、
- (ii) 権原を有しない配偶者によって適切になされた、もしくは与えられた、居住権の放棄もしくは取引に対する合意。」

第三当事者が善意であり、そのうえ以上のような宣誓供述書が宣誓あるいは確認される場合、彼は売主の、権原を有しない配偶者の居住権が付着しない不動産を取得する。この規定は、結婚していない売主に、不動産が婚姻上の住居でないことを宣誓あるいは確認することを可能にするばかりか、取引の対象となる不動産が《事実上》婚姻上の住居でない場合にも、結婚し、かつその配偶者が婚姻上の住居に制定法上の権利をもつ売主に宣誓あるいは確認することを可能とするように、言い表されている。同様の宣誓供述書は、抵当権の付いた婚姻上の住居についての不動産債権者の権利が、権原を有しない配偶者の制定法上の居住権によって害されることを防ぐために用いられる。

取引が生じ、第三当事者が権原を有しない配偶者の制定法上の権利付の不動産を取得した場合、とりわけ権原を有しない配偶者の取引に対する同意が相当の理由なく与えられていない場合には、第三当事者はその合意を不要とする命令を裁判所に申請することができる。〔それが認められれば、第三当事者はその後、権原を有しない配偶者の制定法上の権利の付着しない不動産を取得することになる。〕

1981年法が発効して以来、本節冒頭の不動産譲渡上の困難があるにもかかわらず、これらの諸規定は、たとえあったとしても、ほとんど訴訟の原因にならなかった。特に第三当事者が第6条第3項eの宣誓供述書に依拠している場合には、それにもかかわらず、権原を有しない配偶者が善意の欠缺を理由に第三当事者に対し居住権を行使できると主張した判例は今のところ存在しない。実際、買主は売主から上記のような宣誓供述書を受け取らなければ、不動産を購入しそうにない。以上のような状況においては、これ以上の困難が将来経験されることはありそうにない。したがって、1981年法は権原を有しない配偶者と不動産の善意の買主の利益を保護することに成功した折衷案とみられねばならない。

両配偶者が法律上の権原を持つ場合、もしくは共同賃借人である場合

婚姻上の住居の制定法上の居住権は、権原をもたない配偶者、すなわちその不動産に所有権にもとづく権益を持たない配偶者にとって有用であるにすぎない。配偶者が婚姻上の住居に所有権にもとづく権益をもつ場合、コモン・ローでは、彼または彼女はそこに居住する権利を与えられる。しかしながら、1981年法は法律上の合有権(joint legal title)を持つ配偶者の地位を強化する重要な条項を設けており、この節で論じようとするのはそれらの条項である。

共同所有者もしくは共同賃借人がその共有財産を他方の当事者によって侵奪されるということは原則に反するとはいえ、Price v Watson (1951 SC 359)においてそうしたことがありうることが示唆された。1981年法の第4条第7項はその立場を明確にした。すなわち、この条項は両配偶者が婚姻上の住居の居住権をもつ場合、あるいはその権利が第三者によって容認される場合、一方の配偶者が他方の配偶者に対して婚姻上の住居の不動産回復訴訟を提起することはできないと規定する。更に、コモン・ローでは、いずれの共同所有者も必要な修繕を行い、不可欠の出費を支払うことができたが、不必要な修繕を行う権限はなかった。1981年法は共同所有者にそうする権限を与え、裁判所が共同所有者間で費用配分をなすことを認める。

すでに見たように、両配偶者が婚姻上の住居の共同所有者である場合、各配偶者は他方の同意なしに、彼または彼女の《分割されないものとしての》不動産の2分の1の持分を自由に売却することができる。このことは、買主がその不動産の居住権を主張する場合に問題を引き起こすことがありうる。1981年法第9条第1項は、共同所有者たる配偶者によって享有されている婚姻上の住居の居住権は、その不動産に関して他の配偶者の取引だけを理由として侵害されないこと、そして第三者はかかる取引だけを理由として婚姻上の住居又はその一部に居住する権利を与えられない、と規定する。この条項の効果は、共同所有者の一方は《分割されないものとしての》2分の1の持分を売却する権利を有するとはいえ、その権益の買主は、他方の配偶者がそこに住み続ける間は婚姻上の住居に居住することはできない、ということである。

不動産が共同で保有されている場合、共同所有者のいずれかは不動産の価値の自分の持分を実現するために、不動産の分割および売却判決を獲得する権利を有することは、コモン・ロー上の自明の原則であった。裁判所はこの判決を拒否する裁量権をもたなかった。かくして、たとえば、Dickson v Dickson(1982 SLT 128)において、控訴裁判所裁判官(キンクレイグ Kincaid)は以下のごとく判示した。夫は、妻と共有する不動産に関して分割および売却判決を得る権利を有す

るが、このことは、妻が自分や家子の住居としてその家を使用することを望むがゆえにその売却に同意しないことと関連性はない、と。かくて、配偶者の一方が分割および売却判決を申請することによって、婚姻上の住居を所有することの第一の目的、すなわち共同所有者たる配偶者とその家族に住居を供給するという目的を挫折させることができた。第19条はこの問題の部分的な解決をあたえる。婚姻上の住居が結婚した二人によって共有されている場合、もし配偶者の一方がその不動産の分割及び売却のための訴訟を提起するならば、裁判所は当該事例の諸般の事情を考慮した後、判決を下すことを拒否または延期し、または条件付の判決を下すのみにする裁量権をもつ。裁判所は明文によって第3条第3項に挙げられた諸要素や、訴訟を提起する配偶者が適切な代替宿泊設備を他の配偶者が利用できるように申し出ているかどうかを斟酌すべく指示されている。第19条にしたがい、裁量権を行使する際に、裁判所は家子のニーズに相当の重きをおくことが期待される。Crow v Crow (1986 SLT 270) において、ワイリー卿 Lord Wylie は、第19条は結婚している不動産所有者の《分割されないものとしての》権利に対する極めて重大な侵害を行っていると判示した。就中、ワイリー卿は家族のニーズが非常に重要であることを強調した。したがって彼は、婚姻が離婚によって終了する日付以後に分割及び売却判決を下すことを延期するのを躊躇わなかった。そこで、たとえば夫が分割及び売却の訴訟を提起する場合、現在では、たとえ最年少の子が18才になる前に夫婦が離婚するとしても、婚姻による子がすべて18才に達するまで裁判所は判決を下すことを延期できる。

第19条は共同所有者が配偶者である場合に適用できるにすぎないということに注意することは重要である。離婚後、以前の配偶者が分割及び売却の訴訟を提起しても、彼または彼女は判決を認められるにちがいない。さらに、婚姻期間中に配偶者の一方が《分割されないものとしての》2分の1の持分を第三者に売却する場合は、第19条は両配偶者がその不動産の共同所有者である場合に適用されるのみであるが故に、第三者は分割及び売却の判決をあたえられる。

両配偶者が婚姻上の住居の共同所有者、すなわち権原をもつ配偶者である場合、裁判所は婚姻上の住居の居住に関して、婚姻上の住居に権利を有する配偶者と有しない配偶者が存在する場合に裁判所がもつと同様の、第3条による規制命令を下す権限をもつ。同じく裁判所は、両配偶者が権原を有する場合も、権原を有する配偶者と有しない配偶者の場合とまったく同じ仕方で、第4条による排除命令を下すことができる。妻や子の家庭内暴力からの保護へ向けての重要な一歩として、排除命令の有効性は過大評価されすぎることはない。

不動産賃借権

1981年法第13条第1項によって、権原を有しない配偶者は、権原を有する配偶者に正当かつ相当とされる補償金を支払うことを条件に、権原を有する配偶者から権原を有しない配偶者への、婚姻上の住居の賃借権移転命令を裁判所に申請できる。通知は地主に対しなされなければならない、地主にはその〔移転〕訴訟手続において意見聴取の機会が与えられねばならない。不動産賃借権が移転されるべきかを考慮するにあたり、裁判所は同法第3条第3項の諸要素を考慮し、また権原を有しない配偶者が借地人となるに、そして賃貸借上の義務を履行するに適格であるかどうかを考慮するよう指示されている。婚姻上の住居が、たとえば、農業用借地や小作地の一部である場合には、例外規定が存する。第13条第1項による申請を認める命令は、離婚判決、離婚無効確認判決を与える際になすこともできる。

両配偶者が婚姻上の住居の合有者、もしくは共有者である場合、申請者単独の名義で不動産賃借権を認める命令を申請する同様の権利が存する。ただし、申請者は正当かつ相当とされる補償を他方配偶者に支払うことを条件とする。

権原を有する配偶者が婚姻上の住居の借地人である場合、権原を有しない配偶者は、権原を有する配偶者がその住居を立ち去ったならば、引き続き不動産の占有を有し、またしたがって1984年（スコットランド）地代法（Rent (Scotland) Act 1984）の保護を受ける。

婚姻をめぐる差止命令（matrimonial interdicts）

婚姻上の住居に居住する配偶者の権利は、当然ながら、他方配偶者の暴力的行為の結果として害されることがありうる。そうであるからして、本節で婚姻をめぐる差止命令に関する法を論じることが便宜と考えられる。

リーディング・ケースである *Tattersall v Tattersall* (1983 SLT 506 at 509) において、控訴裁判所長官（イムズリー Emslie）は、「スコットランド法における差止命令は、懸念される権利侵害の遂行を防止するためにだけ予定されている」との意見を述べた。差止命令はコモン・ローでは所有権を保護するために認められる。かくして *MacLure v MacLure* (1911 SC 200) において、たとえば、婚姻上の住居としても使用されるホテルを所有した夫は、当該不動産になんらの権益をも有しない、彼の妻に対するホテルへの立入差止命令を得た。しかしながら、差止命令は人格の保全を保護するためにも認められ、それゆえ一方配偶者は他方

配偶者による妨害に対する差止命令を得ることができる。けれども、差止命令は、被告が何をなしえ、なすことができないかについて、被告をなんら疑問の余地のない状態に置くように十分正確な用語でなされなければならない、また禁止された行為は被告の違法な行為を抑制するに必要である以上に広範であってはならない、というのがスコットランド法の基本原則である。したがって *Murdoch v Murdoch* (1973 SLT, Notes, 13) において、夫が妻に電話をかけたり、その家を訪問することを妨げる仮差止命令は広範すぎるとの理由で無効となった。

コモン・ローにおける差止命令の主たる欠点は履行強制の問題である。差止命令違反の申立がある場合、〔違反の〕申立と〔訴追の〕申立が検事総長もしくは地方検察官の同意をもって提訴され、差止命令違反が起こったことを裁判所に立証しなければならない。訴訟は民事訴訟であり、警察はその者を差止命令に違反しているという理由だけで逮捕する権限をなんら有しない。もっとも、当然ながら、犯罪あるいは不法行為、たとえば暴行が生じたならば警察は介入できる。

1981年法は、裁判所が一定の状況において逮捕権限を付与しなければならない、婚姻をめぐる差止命令制度を導入している。逮捕権限が差止命令に付与されている場合、警察官は被告が差止命令に違反していることを疑うに足る相当の理由があるならば、令状なしに被害を逮捕できる。

1981年法第14条第1項は、両配偶者が夫婦としてともに生活しているというだけの理由によって婚姻をめぐる差止命令の一方配偶者による申請を裁判所が受理することは無効ではないと規定する。このことは、夫婦がともに生活しているときの差止命令申請の有効性について、コモン・ローに存在した不明確な点を明瞭にする。

第14条第2項により、婚姻をめぐる差止命令は仮差止命令を含み、以下の差止命令を意味する。すなわち、

- (a) 一方配偶者の、他方配偶者あるいは家族の子に対するいかなる行為をも禁止する、
- (b) 配偶者が婚姻上の住居、あるいは婚姻上の住居付近の特定地域に立ち入る、あるいは滞まるのを禁止する〔命令を意味する〕。

第14条第2項 a、すなわち妨害差止命令との関連ではほとんど困難は存しない。*Murdoch v Murdoch* (1973 SLT, Notes, 13) における基準はいまだに遵守されており、しかも差止命令は禁止される行為を特定しなければならない、その違法な行為、つまりは他方配偶者あるいは家子に対する妨害行為を防止するに必要とされる以上には広範であってはならないように思われる。

より一層の困難は、被告を婚姻上の住居から排除する効果をもつ第14条第2項bの差止命令との関連で経験される。権原を有する配偶者が、権原を有しない配偶者を住居から排除するために第14条第2項bによる差止命令を求める場合、差止命令は申請者の所有権を保護するために利用される。Tattersall v Tattersallにおいて、控訴裁判所上級審理部は、所有権のない配偶者が、権原を有する配偶者がその不動産所有権の付随条件を享受することを排除するために、第14条第2項bによる差止命令を請求することはできないと判示した。そのかわりに、権原を有しない配偶者は婚姻上の住居に居住する《制定法上の》権利の実施を請求しなければならず、権原を有する配偶者が婚姻上の住居に立ち入る、あるいは引き続き滞まることを妨げる差止命令が認められるときにも、第4条による排除命令によらねばならない。両配偶者が権原を有する場合、不動産回復訴訟は認められないからして、いずれの配偶者も他方を、その者が2分の1の《分割されないものとしての》持分を有する婚姻上の住居から排除する第14条第1項bによる差止命令を得ることはできない、と考えられる。

このように Tattersall v Tattersall の効果は、第14条第2項bによる差止命令は権原を有しない配偶者に対抗して権原を有する配偶者に認められるだけである、ということである。他の場合には排除命令は第4条にしたがい請求されねばならない。二つの救済手段の重要な相違は、第14条2項bによる差止命令が便宜性を衡量し、命令を認めることが正当であるときに認められるが、一方、第4条の排除命令はそれを認めることが《必要》であると裁判所が得心しない限りはなされない、ということである。

第14条第2項bの差止命令が権原を有する配偶者に認められ、その結果、権原を有しない配偶者が婚姻上の住居から排除された場合、権原を有しない配偶者には、当然ながら、制定法上の居住権確認判決を得、住居に再び立入るために第3条の規制命令を請求し、必要であれば、第4条の排除命令を請求する途が開かれている。

第4条の排除命令に付随して婚姻をめぐる差止命令がなされる場合、第15条第1項aは、裁判所は逮捕権限を申請者により請求されたならば、かかる差止命令に逮捕権限を付与《しなければならぬ》ことを規定する。他のいかなる婚姻をめぐる差止命令、たとえば第14条第2項aによる妨害差止命令との関連においても、裁判所は第15条第1項bにより、「事件のあらゆる状況からして、逮捕権限が不必要と裁判所に思える」場合には、逮捕権限を付与する請求を拒否する裁量権をもつ。それゆえ、裁判所は、差止命令が排除命令に付随しており、かつ逮捕権

限が申請者により要請されているときには、逮捕権限を付与することを拒否する裁量権をなんら有しないことは注意されよう。

逮捕権限が婚姻をめぐる差止命令に付与されているとき、警察官は、被告が差止命令に違反していることを疑う相当の理由があるならば、令状なしで非申請配偶者を逮捕してもよい。

第14条第2項bを取り囲む理論的困難にもかかわらず、逮捕権限をも伴う、婚姻をめぐる差止命令の導入は、家庭内暴力からの配偶者あるいは家子の保護にむけてのスコットランド法における重要な進歩をしるす。第4条による排除命令をなす以前に、裁判所は、第14条第2項aの妨害差止命令では申請配偶者あるいは家子を保護するに十分でないこと、及び排除命令がそれゆえに彼らの保護にとっては必要とされることを確定していなければならないことが強調されるべきである。

同棲者

結婚していない男女のカップルは、彼らの関係が破綻し始めるとき、その「家族」の宿泊設備の居住に関連して困難を経験することがあるかもしれない。1981年法は、こうした状態にある結婚していない同棲するカップルに一定の救済を与える重要な措置を講じる。同法の趣旨での同棲するカップルとは、あたかも互いに夫婦として生活する男女と定義される。それゆえ同性愛者のカップルは除外される。第18条第1項は、同棲する男女が存在し、一方の相手方が家屋の居住権を有し、他方が権原を有しない場合、権原を有しない相手方は二人が同棲している家屋に関して居住権の認可を裁判所に申請できることを規定する。居住権は6ヶ月を超えない期間で認められるが、当初の期間は全般的限定はないが6ヶ月間さらに延長されうる。権原を有しない相手方の居住権は、権原を有しない配偶者のそれと同一である。居住権を認める命令が実施されているとき、あるいは双方がその不動産に居住する権限を有するとき、1981年法のいくつかの規定が当該男女に適用される。とりわけ、婚姻をめぐる差止命令のように、第3条、第4条により規制命令、排除命令が入手される。しかしながら権原を有しない相手方の居住権は、権原を有する配偶者の第三当事者との取引からは保護されず、また不動産が共同で所有されている場合に分割および売却請求訴訟において判決を認めるにいかなる制限もない。

同棲する一方の相手方が権原を有しないとき、1981年法のこれらの規定により与えられる保護は、権原を有しない相手方による居住権の申請が成功するまでは

適用されない。権限を有しない配偶者は、他方で、単に結婚していることだけの結果として婚姻上の住居の制定法上の居住権を持つ。配偶者に与えられる保護はより広範でもあるが、それにもかかわらず1981年法は、結婚していない二人の男女の関係が悪化しつつあるときの二人のニーズは、婚姻が破綻しつつあるときの夫婦のそれと同様であること、そして法律による救済が、彼らの婚姻上の身分にかかわりなくこうした状況にある者に入手されるべきことの、スコットランド法による承認に向けての少なくとも最初の一步である。

〔以下次号〕