

資 料

スコットランドの家族法（3）

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22巻2号）

第3章 婚姻の法的帰結 I

第4章 婚姻の法的帰結 II：動産

第5章 婚姻の法的帰結 III：婚姻上の住居（以上23巻1号）

第6章 離婚

序

回復不能な婚姻の破綻

離婚事由

姦通

〔配偶者の〕行動

遺棄

二年間の同棲不存在

五年間の同棲不存在

裁判による別居
手続上の諸問題
裁判権
証明
結論

第 7 章 離婚に基づく経済上の給付

序
命令の性質
諸原則
結び
経済上の給付についての取決め
手続上の問題

(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、判例については註記を挿入した。

第六章 離 婚

序

姦通を事由とする離婚は宗教改革以降、コモンローにおいて認められてきており、また遺棄による離婚が1573年の制定法によって導入された。1938年(スコットランド)離婚法に至るまで、これら二つだけが依然として離婚事由であった。1938年法は、なお一層の離婚事由を導入した。すなわち、虐待、不治の精神障害、ソドミーおよび獣姦であった。不治の精神障害という例外はあるが、離婚事由は有責を基礎とし、離婚は被告の婚姻上の義務違反(offence)に対する罰として認識されていた。不治の精神障害による離婚は、明らかに有責ではない離婚事由であり、これは、離婚は死せる婚姻から配偶者を免れさせる救済手段としてみなされるとの観念に遡ることができる。離婚についてのこうした見解は、徐々により有力になってきた。例えば、司法、制定法上の発展の結果として、被告側の道徳上の有責性のいかなる要件も、虐待の概念から削除され、その結果、被告の行為が原告の健康に有害であるときにはいつでも、原告は離婚判決を得ることができた。

1970年代までに、回復不能な婚姻の破綻という「無責」の事由を基礎とした離婚法改正の動きが、かなりの勢いを増した。法委員会は次の見解をとった。すなわち、婚姻上の違反に基づく制度は、以下の適切な離婚法の目的を達成していない、と。すなわち、

- 「(i)婚姻の安定性を損なうよりは、むしろそれを支持すること、そして
(ii)遺憾ながら、婚姻が回復不能なほどに破綻してしまった場合、最大限の公正さと最小限の苦痛、苦悩、屈辱をもって、空虚な法律上の外殻が破壊されるようにすること」をである。

しかしながら、法委員会は婚姻の回復不能の破綻を、離婚の唯一の事由とすることは実行不可能であると考えた。当事者主義の裁判制度とは相容れないなんらかの形の審問手続なくして、いかにして破綻は立証されるのか。このことは、法律家よりはむしろソーシャルワーカーを人員配備した新たな裁判所もしくは審判制度を必要とはしないだろうか。婚姻と商事組合 (commercial partnership) との同一視は、その当時の英国社会にとってはあまりに革命的な概念であり過ぎはしないか。スコットランド法委員会は既存の離婚事由に新たな別居事由の付加を勧告しただけであったが、事由の法的効果は、婚姻が事実上破綻してしまったことをそれらの事由が立証するということである、と法委員会は考えた。

イングランドでは、回復不能な破綻に基づく無責の離婚概念と、現在は1973年婚姻訴訟法 (Matrimonial Causes Act 1973) に統合された、1969年離婚法改正法における既存の婚姻上の義務違反との間で、妥協が達せられた。回復可能な破綻が唯一の離婚事由となった一方、それは五つのガイドラインの事実の中の少なくとも一つの証明によって立証されうるにすぎなかった。それら五つのガイドラインとなる事実とは、以前からの婚姻上の義務違反の修正された見解と別居に基づく二つの新たな事実を含む。1976年 (スコットランド) 離婚法は同様の妥協に追随している。

回復不能な婚姻の破綻

婚姻上の義務違反概念に対立するものとして、回復不能な婚姻の破綻という唯一の事由に離婚制度が基礎付けられるのであれば、二つの結果が生じるべきである。第一に、原告は、婚姻が事実上回復不能なほどに破綻してしまっているときにはいつでも、離婚する権利が与えられるべきである。被告の行為が道徳的に非難の余地がなかったことは、無関係である。さらには、そしてより一層重要なのは、原告の行為が婚姻の失敗の一因であると認識されるかもしれないということ

も、関係ないということである。例えば、かりに、原告が姦通を犯したとしても、このことによって彼または彼女は非難されるべきでない。姦通は単に破綻の徴候にすぎないからである。

第二に、被告の行為が、例えば姦通のように、以前には婚姻上の義務違反であったものになったとしても、婚姻が事実上破綻していないかぎり、原告には離婚の権利が与えられるべきでない。それゆえ、和解が可能であるかないかを立証し、この可能性が存する場合には、和解を奨励する規定が離婚制度の中に設けられるべきである。

現行スコットランド離婚法が回復不能な婚姻破綻の概念と婚姻上の義務違反の概念との間の妥協であるという事実の結果として、離婚の無責主義理論の十分な意義が無視されている。1976年(スコットランド)離婚法1条1項は、回復不能な婚姻破綻はスコットランド法における唯一の離婚事由であるが、「それは本法の以下の規定に従い立証される場合であり、かつそうした場合にのみである」ことを規定する。第1条2項は、次のことを規定する。回復不能な破綻は、a) 被告の姦通、b) 被告の行動、c) 被告の二年間にわたる遺棄、d) 当事者による二年間の同棲の不存在とそれに対する彼らの同意、e) 当事者の五年間の同棲の不存在、の証明によって立証される。つまり、たとえ婚姻が事実上回復不能なほどに破綻していても、原告は1条2項にいう事実あるいはガイドラインの一つを証明できなければ、離婚判決を得ることができないであろう。逆に、事実ないしはガイドラインの一つが立証できれば、婚姻が回復不能なほどには破綻していても原告は離婚を認められるであろう。換言すれば、第1条2項の事実またはガイドラインの証明は、同法のいう意味での回復不能な破綻を立証する必要十分条件である。回復不能な破綻とはスコットランド離婚法の文脈では、第1条2項の事実およびガイドラインの一つ以上を証明できる当事者が離婚することを可能にする、人為的な構成にすぎない。婚姻生活上の有責の概念はそれゆえスコットランドの離婚法からは侵食されてはいない。さらには、同法は婚姻が《事実上》回復不能なほどに破綻してしまっているのかどうかに関知しないがゆえに、和解の強制的な試行についての規定もたず、また事務弁護士にはその依頼人と和解の可能性を話し合う義務もない、ということが重要である。しかしながら、もし和解についての合理的な見込みがあると裁判所に思えるならば、裁判所は訴訟を継続させ、和解がなされるようにすることもできるが、実際問題として、いったん訴訟が開始してしまうと和解の可能性はありそうにない。

1976年法によって導入された諸改正の結果は単に離婚事由を拡大することに

なったにすぎない。こうした状況においては、回復不能な破綻を唯一の離婚事由として見なすことは偽善的である。第1条2項の規定は、スコットランド法における離婚事由を構成し、それは、婚姻が事実上回復不能なほどに破綻しているのかどうかを決定する単なる事実やガイドラインではないのである。

離婚事由

姦通

第1条2項 a) により、「婚姻の日付以降に被告が姦通を犯した」ならば、回復不能な婚姻の破綻が立証される。

姦通は、既婚者と、その者の結婚相手以外の異性との間の自発的な性交として定義されている。性交は自発的でなければならない。したがって、強姦の犠牲者である女性は姦通について有責ではない。

姦通の物理的諸要件はウィートリー卿 (Lord Wheatley) により *MacLennan v MacLennan* [1958 SC 105] において論じられた。原告は妻の姦通を事由として離婚を請求した。妻は合衆国に行ってしまう、原告が父とはなるはずのない子を連れて帰ってきた。彼女の抗弁は、自分は非配偶者間人工受精(AID)の結果としてその子を妊娠した、というものだった。ウィートリー卿は夫の同意のないAIDによる妻の妊娠を、「婚姻契約の重大かつ憎むべき違反」と見なしたとはいえ、それは、姦通にはならなかった。姦通は性生殖器の相互の提供を伴い、かつ一定程度の女性の膣への〔ペニスの〕挿入を必要とした。ウィートリー卿の言葉によれば、姦通は「異質かつ不法な性器との物理的接触を必要とし、その要素を欠くのであれば、法が姦通として見なすものは存しえない」。彼はそれゆえ、女性が「独り密かに寝室で、彼女が知りもしなければ会ったこともない男性の精子を注入器により自分の卵に注入するとき」、姦通が女性によって犯されうるとの議論を斥けた。

被告の姦通は、それが「婚姻の日付以降」に生じた場合に問題となるにすぎない。したがって、青年が既婚女性と姦通し、その後結婚する場合、彼の配偶者は、離婚訴訟を基礎付けるに、この青年の婚姻前の姦通に依ることはできない。一回のその場限りの姦通行為で十分であろう。

証明の基礎は蓋然性が衡量される。補強証拠が必要とされるが、原告は、一連の出来事が行為の一定のパターンを示すことを条件に、相互に補強証拠的であるものとして、これら一連の出来事の各々に個々に言及する証言という直接証拠に依拠することができる〔*Michlek v Michlek* 1971 SLT (Notes) 50.〕。被告が連

合王国の裁判所により強姦または近親相姦で有罪の評決をこれまでにされている場合、被告は有罪判決を受けた者であるとの原告の申立を第三者が補強することを条件として、被告の有罪判決という証拠は、姦通を立証するために用いることができる〔Andrews v Andrews 1971 SLT (Notes) 44.〕。さらには、当該離婚訴訟手続以前の婚姻訴訟手続における姦通の事実評決は、離婚訴訟手続において姦通立証の証拠として認められる。ただし、ここでもまた、被告が先立つ訴訟手続における当事者であったとの原告の申立を第三者が補強しなければならない。

姦通を事由とする離婚訴訟において、原告は一定の抗弁によって対抗されることもある。

(i) 姦通の仲介 (Lenocinium)

《姦通の仲介》というコモン・ロー上の抗弁は1976年法1条3項によって残された。《姦通の仲介》の抗弁は定義するのが難しい〔Gallacher v Gallacher 1928 SC 586〕。抗弁の核心は、原告が積極的に被告の姦通を促がしたか、当該犯罪を教唆幫助したということである。これは、例えば、妻に売春するように助長した夫や、夫婦で「スワッピング」パーティーに参加しようと夫に提案した妻が該当するであろう。抗弁はリーディング・ケースである Gallacher v Gallacher によって説明される。この事件では、夫は妻に、夫が離婚することを可能にすることをを行うよう懇願する手紙を送った。数ヶ月後に、妻は別の男と情熱的な恋に落ちた。姦通にもとづく離婚訴訟手続において、その訴訟は《姦通の仲介》を理由として敗訴した。裁判所は、姦通は夫の手紙よりはむしろ、妻のその愛人に対する熱情の結果として生じたとの夫の主張を認めようとはしなかった。アンダーソン卿 (Lord Anderson) が述べたように、

「自分の夫により姦通を犯すことを求められた妻はだれも、街に出て彼女が最初に出会った男に身をまかせはしないであろう。愛人に対する情愛がつねに一原因であるにちがひなく、そしてそれが貞節からの彼女の逸脱の主な原因であるかもしれない。」

しかしながら、夫の手紙が彼女が姦通を考えさえもした理由であった。オミデール卿 (Lord Omidale) は以下の見解をとった。すなわち、

「情熱は疑いなく彼女が恋におちるまでの一要因ではあったが、私は、夫の手紙と彼の勧誘がなかったならば、彼女が〔愛人の〕口説きに屈せず、応じはしなかったであろうことに疑問を持たない。」

このように原告の行為は姦通の随一の原因 (直接原因 *causa causans*) である必要はない。つまり、原告の行動が一原因であれば十分なのである (必須条件 *con-*

ditio sine qua non)。

6年後、Gallacherはいま一度、離婚しようと試みた〔1934 SC 339〕。このときは彼は成功した。妻は愛人と一緒に暮らし続けていたが、裁判所は彼女の継続的な姦通関係はもはや原告の手紙によって引き起こされたのではない、と判決した。ハンター卿 (Lord Hunter) は、夫の6年前の不貞行為の懲罰行為は、妻に対して残りの生涯期間中、姦通を犯すことの永続的承諾とはみなされえない、と主張した。つまり、諸々の事実にもとづき、被告はもはや夫の〔姦通の〕助長を必要としてはいないのである。その結果として、夫の手紙が妻の継続する姦通による情事の一原因であることを、妻がもはや証明できなかったので、《姦通の仲介》の抗弁は認容されなかった。

《姦通の仲介》が立証される以前に、原告が積極的に被告の姦通を助長していなければならないということを強調することは重要である。例えば Thomson v Thomson (1908 SC 179) において、原告は彼の妻が情事を行っていると考えた。妻が友人を訪ねるために金銭を要求したとき、彼は妻が愛人と密会しに行くのだと疑った。それにもかかわらず、彼は彼女が求めた金銭を与え、私立探偵に彼女を尾行させた。私立探偵は彼女が Gateshead で姦通を犯しているのをつきとめた。妻の《姦通の仲介》の抗弁は、次の理由によって認容されなかった。すなわち、妻は自分の情事が夫に発覚しないようにうまくやっていると思っていたのであるから、夫は妻が要求した金銭を与えたとき——夫は妻がその金銭を実際にはどのように使用するかうすうす感づいてはいたにもかかわらず——積極的に妻が姦通を犯すことを助長しているはずはない、との理由によってであった。同様に、姦通の疑いのある配偶者を監視するために私立探偵を雇うことは《姦通の仲介》にはあたらない。

(ii) 宥恕

1967年法第1条3項により、被告の姦通は、「被告が姦通を犯したと知りつつ、あるいは信じつつ、原告の被告との同棲によって宥恕され」たならば、離婚事由とはならない。第13条2項は、同法の趣旨にてらし、「婚姻当事者は、彼らが夫婦として実際に一緒に生活しているときにのみ、互いに同棲すると考えられるべきである」と規定する。かくして、抗弁が効力を発生する以前に、当事者は実際に夫婦として一緒に生活していなければならない。言葉だけの許容 (Annan v Annan 1948 SC 532) やその場限りの性交という行為では十分ではない。しかし1条3項は同法2条2項と併せて解釈されねばならない。第2条2項は次のことを規定する。姦通は、同棲が継続あるいは再開された日付から三ヶ月の期間終了

後のいかなる時点であれ、原告が被告との同棲を継続あるいは再開したのではないかぎり、宥恕されない、と。若干の例が、この条文がどのようにその効力を生じさせるかを例証するであろう。全ての事例において、原告は、被告が姦通を犯したことを知り、あるいは信じていることが前提とされている。

1. 原告が三ヶ月未満、被告との同棲を継続していても、姦通は宥恕されない。
2. 原告が三ヶ月以上、被告との同棲を継続する場合、姦通は宥恕される。
3. 原告が三ヶ月未満、被告との同棲を継続し、しかしその後同棲を再開するならば、原告が、被告が姦通を犯していることを知り、あるいは信じ、かつ同棲を継続した日付から三ヶ月以降のいかなる時点であれ同棲が行われた場合、姦通は宥恕される。

例えば、

- a) Pは1月31日にDの姦通を知る。Pは一週間Dとの同棲を継続する。Pが4月30日以降どれほど短期間であれ、同棲を再開した場合、同棲の再開は1月31日以降の三ヶ月の範囲外で行われたのであるから、姦通は宥恕される。
- b) PはDの姦通を1月31日に知る。PはDとの同棲を一週間継続する。Pが同棲を4月1日に再開するとしても、Pが5月1日以前に立ち去れば、姦通は宥恕されない。しかし同棲が4月30日を超えて継続し、あるいはそれ以降に再開されるのであれば、同棲は1月31日以降の三ヶ月の範囲外で行われたのであるから、姦通は宥恕される。
4. PがDとの同棲を中断し、三ヶ月未満の間、同棲を再開しても、姦通は宥恕されない。
5. PがDとの同棲を中断し、なお三ヶ月以上に同棲を再開するならば、姦通は宥恕される。
6. PがDとの同棲を中断し、三ヶ月未満の期間、同棲を再開する場合、同棲が、最初の再開の日付から三ヶ月経過後の時点で行われたのであれば、姦通は宥恕される。

例えば、

- a) PがDの姦通を知る。彼は一年間同棲を中断する。Pは1月31日に同棲を再開する。Pは一週間Dとの同棲を継続する。Pが4月30日以降どれほどに短期間であれ同棲を再開するならば、同棲は最初に再開された1月31日以降の三ヶ月の範囲外で行われたのであるから、姦通は宥恕される。
- b) PはDの姦通を知る。彼は一年間同棲を中断する。Pは1月31日に同棲を

再開する。PはDとの同棲を一週間継続する。Pが4月1日に同棲を再開しても、彼が5月1日以前に立ち去れば、姦通は宥恕されない。しかし同棲が4月30日を超えて継続する、あるいはそれ以降に再開されるならば、同棲は1月31日以降の三ヶ月の範囲外で行われたのであるから、姦通は宥恕される。

第1条3項は離婚訴訟が根拠とする姦通との関連で、抗弁として効力を発生させるにすぎない、と考えられる。したがって、被告はAとの姦通を犯したと原告が知りつつ、あるいは信じつつ、原告が同棲しても、被告のBとの姦通に基づく訴訟に対する阻却事由として効力を発生しないであろう。同様に、原告が被告は特定の姦通行為を犯したと知り、あるいは信じて、第1条3項は、その後原告が知ることとなったその他の姦通行為との関連では、効力を発生しない。

(iii)通謀 (Collusion)

当事者が虚偽の訴訟を提訴する、あるいは関連性ある抗弁を隠しておくことに《合意する》場合、判決がなされる以前に発見されたならば、かかる通謀は離婚に対する絶対的阻却事由として効力を発生する。判決がなされた以後に発見されたならば、判決は取り消されうる〔Walker v Walker 1911 SC 163〕。通謀は五つの離婚事由のいずれに基づく離婚に対しても阻却事由となる。

(配偶者の) 行動 (Behaviour)

第1条2項 b) によって、回復不能な婚姻の破綻は、

「婚姻の日付以降、被告がいかなる時であれ、被告と同棲することを原告に合理的には期待しえない仕方(精神異常の結果であるか否か、またかかる行動が積極的であったか消極的であったかを問わず) 行動した」

場合に、立証される。

被告の行動は婚姻の日付以降に生じていなければならない。婚姻前の配偶者の行動は無関係である。このようにして、たとえば、夫は第1条2項 b) を用いて、夫によって妊娠したとの妻の悪意不実表示の結果として、夫は被告と結婚させられたことを事由として離婚判決を得ることはできない。妻の行動、すなわち虚言は婚姻の日付《以前》に起こったからである。同様に、夫が婚姻前に凶悪犯罪を犯していたことに気付いた妻は、離婚判決を得るに、この犯罪に拠ることはできない〔Hastings v Hastings 1941 SLT 323〕。

第1条2項 b) が適用されるに先だって、被告が行動していなければならない。行動とはこの脈絡においていかなるものを意味するのか。単なる肉体的状態は、それ自体としては行動を構成しない。したがって被告が失禁状態にあるとしても、

そのことはそれ自体では行動とはならない。しかし失禁状態にある配偶者が保護用の下着〔襁褓〕を着用することを拒んだ場合、そうすることの拒否は行動を構成するであろう。しかしながら、病気の徴候は一定の状況においては行動になりうるが見解として定着している。もし、たとえば、配偶者が病気の結果、暴力的になったのであれば、その暴力は明らかに行動を構成するであろう。しかし、どのような時に病気の徴候が単に肉体的状態であり、まだどのような時にそれが行動となるかを確定することは困難なことがある。精神分裂症に起因する夫の睡気と彼の家族に対する関心の全般的欠如は行動にあたると判示され〔Fullarton v Fullarton 1976 SLT 8〕、また散在性硬化症の結果としての身体のひどい不衛生は行動にはならないと判示された〔Grant v Grant 1974 SLT (Notes) 54〕。

この問題に対する解決は、1976年法が「かかる行動が積極的あるいは消極的であったかを問わず」〔いづれの〕行動をも含むことのなかに見出されるかもしれない。Thurlow v Thurlow [(1975) 2 All ER 979. (1976) Fam 32]において、イングランドでは、衰弱性疾患の結果として配偶者が婚姻による義務を履行しえない場合、この不履行は離婚〔法〕の趣旨からは行動を構成しうることが認められた。1976年法が明文で、行動は消極的であるかもしれないことを規定しているからして、Thurlow 事件の原則はスコットランド法に移植されたと考えられる。かくして、疾患が配偶者が婚姻生活上の義務を履行することを妨げる場合、この消極的否定的行動は——疾患に対立するものとして——離婚事由となりうる。

被告の行動が精神疾患により引き起こされるという事実は関連性をもたない。第1条2項 b)は明文で、行為は「精神疾患の結果であると否とを問わず」行動を構成すると述べている。

原告は、被告が「被告と同棲することを原告に合理的に期待しえない仕方」で行動したことを立証しなければならない。このテストは主観的テストと客観的テストとの折衷物である。基準は、特定の原告が、訴訟の時点において、被告と同棲することが合理的に期待されるかどうかである。このようにして、神経過敏な配偶者には、通常、忍耐力をもつ配偶者であれば耐えうる行為を我慢することが合理的に期待されえないかもしれない〔Livingstone-Stallard v Livingstone-Stallard (1974) 3 All ER 766. (1974) Fam 47; O'Neill v O'Neill (1975) 1 WLR 1118, CA.〕。しかし、「合理的に期待される」という文言のゆえに、まったく取るに足らない行為(たとえば、軒をかくこと)あるいは社会的に有益な行為(救命艇や山岳救助隊の隊員であること)は、原告がどれほど神経質であろうとも、離婚事由を構成しないであろう。

第1条2項b)を満たすことができる行動の範囲は、人間の行為と同じくらいに広範である。それは物理的〔AB v CB 1959 SC 27〕および言葉による暴行のいづれをも含む。さらには、デヴィッドソン卿(Lord Davidson)が *Hastie v Hastie* (1985 SLT 146 at 148) において説明したように、

「被告側の行為は、言葉あるいは行動によってであれ、たとえ反復の虞れがなくとも、被告と同棲することを原告に期待することを非合理にするほどに婚姻関係に危害を加える性格をもつかもしれない」。

性行動に関しては、この行動とは、たとえば、性交の過度の要求、性交の故意あるいは不当な拒否 (*Manson v Manson*, *Times*, 5 December 1980, CA), 第三者との姦通ではない性交、同性愛行為 (*White v White* 1966 SC 187) を含むであろう。悲しいことに、スコットランドでは、過度の飲酒(*Campbell v Campbell* 1973 SLT (Notes) 82) あるいは他の薬物の濫用であっても十分であろう。

申し立てられた行動が行われた後も、原告が被告と同棲を継続しているという単なる事実、それ自体としては第1条2項b)の趣旨からして、かかる申し立てられた行動に原告が依拠することを妨げない。暴力行為の被害者であった女性は暴行後も、恐怖からあるいはほかにも行くところがないだけの理由で、彼女の夫と一緒に生活し続けるかもしれない(*Britton v Britton* 1973 SLT (Notes) 12, *Bradley v Bradley* (1973) 3 All ER 750, (1973) 1 WLR 1291, CA.)。だが、申し立てられた行動が客観的にみて些細である場合、原告が被告と一緒に長くどまるほど、その行為の結果として被告と同棲することを原告に合理的に期待しえないことを立証することはより困難になるであろう。

1976年法第3条1項によって、別居判決が同一の事実あるいは実質的に同一の事実に関しそれ以前に認められているならば、その判決の援用は、とりわけ〔配偶者の〕行動を事由とする離婚訴訟において、かかる事実の十分な証明として見なされるかもしれない。しかし、裁判所はそれでもなお、判決日以降に当事者間に生じたことのより一層の証拠を原告から受領しなければならない。最終的に、依拠された〔配偶者の〕行動が連合王国裁判所によって被告の刑事上の有罪判決になった場合、1968年(スコットランド)法改正(雑則)法第10条が適用される。

第1条2項b)との関連でなんら特定の抗弁は存在しないが、通謀は絶対的阻却事由を構成するであろう。

遺棄

第1条第2項c)によって、回復不能な婚姻の破綻は以下の場合に立証される。

「被告が故意にかつ合理的な理由なく原告を遺棄し、その上、被告の遺棄直後

の継続する二年の期間中、

- (i)当事者間に同棲が存在していない、かつ
- (ii)原告は被告による夫婦関係持続の誠実かつ合理的な申出を拒絶していない」場合である。

この離婚事由は、二つの部分に分かれる。第一に、被告が原告を遺棄していなければならない。次に、この最初の遺棄 (initial desertion) は、その後二年間の同棲の不存在を伴わなければならない、その期間中、原告は夫婦関係持続の誠実かつ合理的な申出を拒絶してはいない。

最初の遺棄

第一に、被告は《故意に》原告を遺棄していなければならない。つまり、被告は原告のもとを去り、その婚姻生活を終了することを意図しなければならない。それは故意でなければならないのであるから、被告が精神病で、必要とされる意思をはっきりさせることができないならば、遺棄とはならない。被告が自分の意思に反して、例えば拘禁の結果として、原告と別居させられている場合にも遺棄とはならない。

第二に、遺棄となるためには、原告は、被告が立ち去った時点において、夫婦関係を持続することを望んでいなければならない。したがって夫婦が別居することに合意するならば、彼らが別れた際にいずれも夫婦関係の持続を望んでいなかったのであるから、遺棄ではない。強調されねばならないのは、原告の夫婦関係持続の意思は、最初の遺棄を立証するために要件とされるにすぎないということである。原告が最初の別居期間を超えてまで夫婦関係の持続を引き続き望んでいることはなんら必要とされない。

第三に、同棲の中断が存しなければならない。性関係が夫婦間で中断したという事実では十分ではない [Lennie v Lennie 1950 SC (HL) 1.]。しかし、夫婦が別々の生計を営む、つまりもはや同棲をしないならば、たとえ彼らが同じ屋根の下で生活しているにしても、遺棄の事実的要素は、満たされるであろう。

第四に、被告の遺棄は合理的な理由のないものでなければならない。これには、例えば、原告の姦通あるいは第 1 条 2 項 b) による離婚を正当とする行動が含まれうる (Hastings v Hastings)。合理的な理由は、彼もしくは彼女 (被告) が立ち去った時点において被告に知られていなければならない (Wilkinson v Wilkinson, 1943 SC (HL) 61)。

二年間の同棲の不存在

ひとたび最初の遺棄期間が立証されると、原告は「被告の遺棄直後の継続する

二年の期間中」当事者が同棲しておらず、かつ原告が被告による夫婦関係持続の誠実かつ合理的な申出を拒絶していないならば、離婚の権利が認められる。

当事者は、「実際に夫婦として一緒に生活している」ときののみ、同棲するものと考えられる。二人が二年の期間中に性交をもっていたという事実は同棲を構成しない（Edmond v Edmond 1971 SLT (Notes) 8）。当事者は夫婦として一緒に生活を再開しなければならない。

最初の遺棄から二年を経ない同棲の再開は、原告が離婚することを妨げる効果を生じさせないかもしれない。1976年法第2条4項によって、二年の期間が継続していたかどうかを考察するにあたっては、一回あるいは数回にわたる合計で六ヶ月を超えない期間はなんら考慮に入れないことが規定されている。しかしかかる期間は同棲不存在期間の一部として計算されない。換言すれば、六ヶ月に満たない同棲期間は、同棲不存在の期間継続を中断しないが、同棲不存在の期間には算入されない。

例1

DはPを1985年1月1日に遺棄する。二人は1986年1月1日に同棲を再開する。彼らは1986年4月1日に別居する。離婚訴訟は1987年4月1日以降には提起することができる。1986年1月1日—1986年4月1日間の三ヶ月の同棲期間は二年の同棲不存在の継続を中断しないが、同棲不存在期間には算入されない。

例2

DはPを1985年1月1日に遺棄する。二人は1986年11月1日に同棲を再開する。彼らは1987年6月30日に別居する。離婚訴訟は1985年1月1日におけるDの遺棄を事由として提起することはできない。1986年11月1日—1987年6月30日間の同棲期間は六ヶ月を超えるからである。遺棄後の同棲不存在の継続は中断されており、それゆえ彼らが1985年1月1日における最初の遺棄直後の《継続する》二年の期間、同棲していないことを立証することは不可能だからである。PがDによって1987年6月30日に遺棄されたならば、離婚訴訟は1989年6月30日以降に提起することが可能である。

最初の遺棄後の二年の同棲不存在の期間中、二人の意思は関連性をもたない。かくして、原告が、被告が立ち去ったときに夫婦関係を持続することを望んでいたのであれば、一週間後に原告が、被告が戻ってくれることを望まなくても問題とならない。こうした状況において離婚の障害となるであろう唯一の要因は、原告が二年の同棲不存在期間中にもとに戻りたいとの誠実かつ合理的な被告の申出

を拒絶した場合であろう。かかる申出が二年の期間終了《後》になされたのであれば、原告はその申出を受諾することを拒むことができ、さらには遺棄を事由として離婚の訴えを提起できる。

証明の基準は蓋然性が衡量される。証拠の補強が必要とされるが、その要件は、被告の夫婦関係持続の申出を拒絶していないこと及び遺棄についての合理的な理由の欠如の証明との関連で緩和されよう。原告は、別居判決がそれに先だって遺棄を事由として認められているのであれば、1976年法3条を用いることもできるかもしれない。

最初の遺棄があり、しかも直後の二年間二人が同棲をしていないのであれば、原告は二年の経過後にはいかなる時にも離婚を請求してもよいということが力説されるべきである。このことは、遺棄がどれほどに婚姻上の義務違反としてみなされているかを例証する。しかしながら、二年の同棲不存在期間終了後に原告が被告との同棲を再開し、また同棲が最初に再開された時点から三ヶ月後のいかなる時にであれ同棲するならば、それは抗弁となる。この抗弁は姦通の有怨についてと同様の仕方でも効力を生じる。通謀は絶対的の阻却事由として効力を生じる。

二年間の同棲不存在

第1条2項d)によって、回復不能な婚姻破綻は、

「婚姻の日付後かつ訴訟提起直前まで二年の継続する期間のいかなる時点にも同棲が存在せず、なおかつ被告が判決確認に同意する」

場合に立証される。

まず、要件とされる期間、当事者間にいかなる同棲も存在してはならない。第13条2項は、「婚姻当事者は、彼らが実際に夫婦として一緒に生活しているときにのみ、互いに同棲すると考えられるべきである」と規定する。字義通りに解釈すると、《実際に》夫と妻として一緒に生活していない男女は、第1条第2項d)の趣旨では同棲しているのではない。二人が実際に一緒に生活していない理由はここでは無関係である。したがって、夫が刑務所や病院に入っているとか外国で働いているので、二人が一緒に生活していないならば、彼らは1976年法の意味では同棲していない。

スコットランドの裁判所は、Santos v Santos [(1972) 2 All ER 246, (1972) Fam 247, CA]において、〔イングランド〕控訴裁判所によって定められた、それに相当するイングランドの規定の解釈に追随しないことが望まれる。その事例では、二人が物理的に別居しているという理由だけで、離婚〔法〕の趣旨にてらし別々に生活しているものとして取り扱われるべきではない、と判示された。くわ

えて、二人の一方が婚姻は破綻してしまっており、彼らの婚姻生活を続けようとはもはや望んでいないとの意思をはっきりさせることが必要とされた。この精神的要素の要件は、イングランドの立法の文言についての不当な解釈である。ましてや、その解釈はスコットランドでは追随されるべきではない。第13条2項の文言にはなんらの曖昧さもみられない。字義通りに解釈すれば、精神的要素の必要はなんら存在しない。物理的な別居で十分であろう。

逆にいえば、たとえ二人が物理的にきわめて近接して生活するにしても、第13条2項の意味では二人は同棲してはいないかもしれない。二人が事実上《夫婦として》一緒に生活していれば、彼らは同棲しているものとして扱われるにすぎない。性関係の欠如は、二人が夫婦としての資格において生活しているかどうかを決定するさいに重要な要素になろう——しかし、性関係の欠如それ自体ではおそらく十分ではあるまい。しかし、性関係が途絶してしまったならば、あるいは両配偶者が互いに対してサービスを提供しない、あるいは夫婦がなんら共同の夫婦生活を持たないならば、そのときには、たとえ彼らが同じ家屋に居住するとしても、彼らは夫婦として一緒に生活していないと論じることができる。このような状況においては、スコットランドの裁判所は *Fuller v Fuller* [(1973) 2 All ER 650, [1973] 1 WLR 730, CA] で〔イングランド〕控訴裁判所のとったアプローチを採用することが期待される。二人の婚姻〔関係〕が悪化した後、Hは婚姻上の住居を立ち去った。Wと以前の間借人とは愛人関係になった。Hが病気になる時、WはHに同情し、彼が家に戻るのを許した。WはHの家事の世話をする一方、Wとその愛人とは婚姻上の住居で一緒に生活し続けた。控訴裁判所は、両配偶者は別々に生活していたと判示した。というのも、彼らは同一の家屋に——実際にも、同一の家計において——生活したが、彼らは夫婦としての《資格において》一緒に生活してはいなかったからである。同様の状況がスコットランドで生じたならば、両配偶者は、事実上夫婦として一緒に生活してはいないのであるから、同棲しているのではなく、むしろ患者と看護婦として扱われるべきだと考えられる。

同棲不存在は、婚姻の日付以降かつ訴訟提起の直前まで最低二年間の継続する期間でなければならない。遺棄の場合のように、第2条4項によって、全体で六ヶ月を超えない期間の同棲の一回あるいは数次にわたる同棲の再開は、同棲不存在期間の継続を中断しないが、それに算入もされない。

最後に、被告が判決確認に肯定的に同意しなければならない。同意は判決前には、いかなる時にも取消しうる。さらに、*Boyle v Boyle* (1977 SLT (Notes))

69)において、マクスウェル卿 (Lord Maxwell) は「被告が適切と考えるなんらかの理由により、あるいはなんらの理由なしに、同意を留保するのは完全に自由である」と判示した。かくして、離婚に基づく経済上の給付のような付随的事項についての合意に達するに際して、当事者間の取引材料としてこの被告の同意は利用されうる。

証明の基準は、蓋然性の比較衡量によってなされる。離婚が簡略化された離婚申請として手続きされるのでないかぎり、証拠の補強が要求される。原告は、別居判決がそれ以前に同棲不存在を事由として認められているのであれば、1976年法第3条を援用することができるかもしれない。

五年間の同棲不存在

第1条2項e)によって、回復不能な婚姻の破綻は、「婚姻の日付以降かつ訴訟提起の直前まで五年間の継続する期間のいかなる時点にも当事者間に同棲がなんら存在していない」ならば、立証される。

第2条第4項の適用を含めて、同棲不存在ならびに同棲不存在の継続の意味に関連して、この〔離婚〕事由は第1条2項d)におけるのとましく同一の法的論点を生じさせる。相違は、当然ながら、同棲不存在の期間が五年であり、また被告の同意が必要とされていないことである。したがって、婚姻上の義務違反で有責でない被告でも、その者の意思に反して離婚されることがありうる。この事由の理論的根拠は、しかしながら、当事者は五年間同棲していないのであるから、婚姻は事実上回復不能なほどに破綻してしまっており、その結果、法律的にも婚姻は終わらせるべきである、ということである。

被告は離婚に基づく経済上の給付を申請できる。しかし、くわえて、被告にとっての過度の経済的困難を回避するために、第1条5項は、裁判所は「もし裁判所の意見で、《離婚確認判決》被告にとって重大な経済上の困難に結果するのであれば」第1条2項e)の理由によって判決を与えなくともよいことを規定する。いくつかの点が注意されるべきである。

1. 抗弁は、重大な経済上の困難が、婚姻の破綻でなく、離婚判決から生じる場合に有効であるにすぎない。ほとんどの婚姻破綻は配偶者にとっていくばくかの経済上の困難に結果するであろうが、第1条5項は《離婚》が被告に重大な経済的困難を生じさせる場合に適用されるにすぎない。このことは直接に抗弁の範囲を限定する。
2. 離婚が《重大な》経済的困難に結果しなければならない。明らかに、第1条5項は、離婚に基づく潤沢な経済上の給付なす余裕がある富裕な配偶者には

有効ではないであろう。しかし極めて貧困なカップルもまた除外されるであろう。たとえば、Boyd v Boyd (1978 SLT (Notes) 55) において、Hは二十年間の婚姻の後、1959年にWのもとを立ち去った。その後の二十年間、HはWに週4.50ポンドだけの扶助料を支払った。離婚により、HはWに週5.00ポンドの定期的手当を申出ることしかできなかった。第1条第5項の抗弁は、婚姻破綻の結果として、Wは経済的困難を被ったが、これは彼女が離婚しても増加されはしないであろうという事由にもとづき認められなかった。なるほど、彼女は以前よりは暮らしは良くはなっても、週50ペンスであろう。

第1条第5項の趣旨からは、スコットランドの裁判所は、配偶者が離婚により重大な経済上の困難を被るかどうかを考察するにあたり、離婚が認められたとして被告の補足給付の権原が考慮に入れられるべきだと判示された、Reiterbund v Reiterbund [(1975) 1 All ER 280, (1975) Fam 99, CA] における〔イングランド〕控訴裁判所の決定に追随することが期待される。両配偶者が貧困な場合、被告は補足給付の形で扶助料と同額あるいはそれより多くの額に対して権原を有するかもしれないので、扶助料が離婚によって終了しても、被告は以前より暮らし向きが悪くならないかもしれない。

実際問題として、それゆえ、第1条5項は中産階級、中年女性に、とりわけその夫が年金受給資格のある職に就いており、かつ年金が死亡によってその《寡婦》に支払われる場合に、有効であるにすぎないであろう。同法は、困難とは「なんらかの給付を取得する機会の喪失」を含むと明確に規定することによって、このことを認める。Nolan v Nolan (1979 SLT 293) において、第1条5項の抗弁は、夫が妻〔被告〕よりも先に死亡した場合に、その未亡人に支払われる物価指数に連動された夫の年金の2/5の給付を得る機会を喪失するであろうかゆえに、勝訴したのであった。コーウィー卿 (Lord Cowy) は、妻の受給の代わりに保険に加入すると夫の申出が、夫の物価指数に連動された年金に対する不確定の権利 (contingent right) の喪失を十分に補償するとは得心しなかった。しかしながら、かりに夫が被告に適切に補償を与えるのに十分な資産を有したならば、抗弁は成功しなかったであろう。

3. イングランドにおける同様の規定と異なり、第1条第5項は、離婚が重大な《経済上の》困難に結果する場合に、効力を発生するにすぎない。したがって、他の困難が生起しても、たとえば、離婚が被告の宗教的信条に反すとか、あるいは離婚が認められると被告はその〔宗教的〕共同社会から追放されるとしても、抗弁は存在しない (Rukat v Rukat (1975) 1 All ER 343, (1975)

Fam 63, CA)。

婚姻が最低五年間の同棲不存在の結果として回復不能なほどに破綻してしまっているのであるから、第 1 条 5 項の抗弁は、狭くに解釈されるべきであり、また離婚から生じる重大な経済上の困難のある例外的な事例に適用されるだけにすべきではないかと思われる。

立証と通謀についての、第 1 条 2 項 d)におけるのと同一の原則が適用される。

裁判による別居

裁判による別居の事由は離婚事由とまさしく同一であり、同一の抗弁が適用される。別居判決が認められると、当事者の同居の義務は終了する。しかしながら、婚姻はそれでも存続し、両配偶者は依然として相互に扶助する義務があり、彼らの貞潔と許容できる行動の義務は継続する。かくして、たとえば、離婚は、別居判決後に犯された姦通を事由として請求されうる。別居判決が得られたならば、同一の事実はその後の離婚の事由として利用されうる。

手続上の諸問題

裁判権

控訴裁判所は、婚姻当事者のいずれかが a) (離婚) 訴訟が開始される日付にスコットランドに定まった住所のある場合、あるいは b) 訴訟開始の日付に終了する一年間を通じて、スコットランドに恒常的に居住した場合に、離婚訴訟を受理する裁判権を有する。シェリフ裁判所は、a) ないし b) が満たされ、かつ婚姻当事者のいずれかが――

- (i) 訴訟開始の日付に終了する 40 日間、当該シェリフ管区に居住した、あるいは
- (ii) 訴訟開始の日付までに 40 日未満で終了するが、40 日以上の間当該シェリフ管区に居住し、かつその日付の時点でスコットランドになんら所定の住所をもたない場合に、裁判権を有する。

離婚訴訟が提起されうるまでに経過しなければならない最低期間は存在しない。

証明

概して、(離婚) 訴訟が抗弁されると否とにかかわらず、その訴訟事由が証明されていないかぎり、離婚は認められることはない。しかし訴訟が抗弁されない場合には、裁判所が別段に指示しないかぎり、証明は口頭による証拠に代えて、宣誓供述書による。簡略化された手続は――事実上、人を頼まず自分で行う離婚は

——第1条2項 d)及び e)に基づく離婚に関して可能である。しかしながらその範囲は厳格に制限されている。以下の場合に、また以下の場合に限って、申立は行うことができる。

- (i)第1条2項 d)に基づく離婚との関連で、他方配偶者が同意する
- (ii)婚姻を終了させる効果を持ちうる、いかなる裁判所におけるものであれ、係争中の訴訟手続が存在しない
- (iii)16歳未満の、婚姻による子が存在しない
- (iv)いづれの当事者も離婚に基づく経済上の給付を請求していない、そして
- (v)いづれの当事者も精神障害に罹っていない〔場合である。〕

補強証拠の必要性が緩和されているのは、抗弁のなされない離婚が簡略化された離婚申立として手続きが進められる場合のみである。さらには、簡略化された手続は、離婚訴訟においては、配偶者の一方ないしは双方以外の拠り所からの証拠が必要とされるという原則に対する例外でもある。

結論

本章は第一次的にはスコットランドの離婚の実体法を概説する試みであった。理論上、離婚の権利は限定的であるが、実際上では、(離婚に)必要とされる事由を得ることにほとんど困難は感じられない。大多数の離婚は抗弁がなされず、また1976年法における(離婚)事由が提起する法律上の困難をめぐる判例はほとんど記録されていない。要するに、経済上の給付や子の監護のような付随的事項に対立するものとして、離婚事由を立証することに関連して、裁判所の役割は主として行政的であるように思える。しかし、婚姻が事実上回復不能なほど破綻しており、それでもなお、第1条2項の(離婚)事由が立証されえないがゆえに、離婚が可能でない事例がいまだにみられるに相違ない。

スコットランド離婚法の一層の改革が望ましいと思われる。20世紀後半の社会において、高率の婚姻の破綻が現にみられ、今後も引き続きそうであろうことを受け容れるべきである。現代離婚法の第一的関心は、できるかぎり婚姻による子を保護し、また家族の収入、資産の公正な再配分制度を設けようとするところであるべきである。したがって、両配偶者が監護と経済上の給付に合意するならば、裁判所がその取決めを承認することを条件として、彼らは合意によって離婚できるべきであるとする見解が有力である。夫婦が合意しない場合、裁判所は、一方配偶者の申立にもとづき、二人に六ヶ月の期間を与えその期間内に、その法律顧問の援助をもって、取決めが達成されうるようにすべきである。その期間内にこの取決めが達せられない場合、裁判所は一方当事者の申立にもとづき、監護と経

済上の給付に関する命令をなすべきであり、またいかなる必要とされる離婚事由がなくとも、〔離婚確認〕判決を与えるべきである。

第 7 章 離婚に基づく経済上の給付

序

今日の家族法の主要な機能は、婚姻が離婚に終わるときに、二人の資本や所得が公正な仕方でも再配分される準則の体系を規定することである。1985年(スコットランド)家族法(Family Law (Scotland) Act 1985)の制定以前、スコットランド法は、この重要な問題を大部分は裁判官の裁量に委ねていた。1976年(スコットランド)離婚法(Divorce (Scotland) Act 1976)第5条2項は、次のようにあからさまに述べた。経済上の給付の申請に基づき、裁判所は——

「婚姻による子に対する経済上の給付に関してなされた決定あるいはその他の取決めをふくめて、婚姻当事者のそれぞれの財産及び当該事例の諸般の事情を考慮し、もしあるなら、それに相応しいと考えるような命令を……なすべきである」。

1976年法は、裁判所がどのようにその裁量を行使すべきかについて、なんらの基準も規定しなかった。クライブが述べたように、第5条は、「離婚に基づく経済上の給付の趣旨について、全くなんらの指針も規定していない。……全てはただ一人の裁判官の『適切さ』の感覚に委ねられている。これは有効な法ではない。ほとんど法とはいえない」。

それでも、一定の原則が、判例の泥沼のなかに識別された。第一に、申請人が婚姻の破綻について有責である場合、婚姻上の非行(matrimonial misconduct)はいかなるものであれ考慮され、非行のない場合であれば与えられたであろう経済上の給付を実質的に減じることがありえた(Lambert v Lambert 1982 SLT 144)。この原則は、当然ながら、回復不能な婚姻破綻という無責の事由(non-fault ground)に理論上は基礎付けられた離婚法とは矛盾した。第二に、寛大な資本支払い(capital payment)を通じて、裁判所は、婚姻期間中に夫婦の経済上の資産取得に積極的に貢献した配偶者に報いることに熱心であった〔Russell v Russell 1977 SLT (Notes) 13, Chalkley v Chalkley 1984 SLT 281〕。第三に、妻がその婚姻の破綻について無責であった場合、彼女は離婚後、不確定期間、定期的な手当を受けることを期待でき、また彼女の稼得可能性は——彼女が実際に得た賃金とは対照的に——無視された〔Fergusson v Fergusson 1977 SLT (Notes) 40〕。最後に、短期間の婚姻の場合には、その資本資産(capital assets)が容易に換金

できる形でないかゆえに、あるいはそれが未だ婚姻による子にとって必要とされる婚姻上の住居からなるかゆえに、分割が不可能でないかぎり、単純にその資本資産を分割する傾向が見られた。

さらに、裁判所の公正な決定に達する能力は、裁判所は定期手当や一括払金(capital sum)の裁定をなしうるにすぎないので、抑制されていた。特に、裁判所は、離婚に際して、婚姻上の住居の居住やその権原を直接に規制するに限定的な権限を有した〔にすぎない〕。配偶者に資本の支払をなすことを命じ、申請人がその資本を用いて支払人の財産の持ち分を買い取るという不自然な工夫に頼らねばならなかった〔Cowie v Cowie 1977 SLT (Notes) 47〕。しかしながら、これは必ずしも実質的な解決策ではなかった。支払人は一括払金を調達することができず、あるいは財産、たとえば農場が、事業目的のために必要とされ、その売却はそれゆえに、申請人への定期手当や家族の子の扶助料を給付する支払人の能力を危うくするかもしれなかった〔Clark v Clark 1978 SLT (Notes) 45, Gray v Gray 1979 SLT (Notes) 94〕。

経済上の給付に関する法は、それゆえ不十分であった。スコットランド法委員会は、1985年(スコットランド)家族法における離婚に基づく経済上の給付の制度へと導いた、きわめて完全かつ詳細な報告書のなかで、改正のため選択すべき手段を考察した。この制度を詳細に考察する前に、いくつかの重要な論点が検討されねばならない。

離婚する多くの夫婦には、再配分されるべき財産や所得がほとんど存在しない。1980年において、一括払金は、認められた離婚のわずか6%において与えられ、定期手当は、認められた離婚のわずか22%においてのみ前妻に与えられた。平均して一括払金は4500ポンドであり、前妻への平均定期手当は週18ポンドだった。クライブは次のように述べている。

「大部分の事件において、離婚に基づく経済上の給付の法は、離婚した人々の実際の経済状況とは無関係であるということを確認することが、唯一現実的なように思える。片親家族の一般的な条件を改善するいかなる望みも、いかなる実質的な範囲でも、離婚に基づく経済上の給付の法の改善に依存することはできないのである」。

とはいえ、夫婦がかなりの資産を有する場合には、彼らの婚姻が離婚に終わるとき、その財産や所得を再配分する合理的な制度に頼る権利が夫婦には確かにある。

離婚に基づく経済上の給付の基準を確定する際の主たる困難は、いかなる制度

も、離婚に終わる様々な種類の婚姻に努めて適応しなければならない、ということである。こうした婚姻には、共働きで子のいない短期間の婚姻、自立していない子のいる中期間の婚姻、あるいは妻が有給の仕事を断念し、かつ将来雇用の見込みのない長期間の婚姻が含まれるであろう。スコットランド法委員会は次のように結論付けた。様々な婚姻があることを考えると、それに従うにしても、全ての事件において満足のいく経済上の給付を生むような唯一の原則はなんら存在しない、と。たとえば、子のいない短期間の婚姻において、経済上の給付の結果、一方配偶者が、その婚姻が破綻しなかったならば享有したであろうと同様の経済状況に置かれることは、——たとえ実行できるにしても——全く公正ではない。他方、妻が婚姻による子を世話するために自分の仕事を断念し、かつ実質上、長年にわたり不払の家政婦であった場合に、単にその婚姻が離婚に終わったという理由で、なぜ妻は老後夫が彼女を扶養するという期待を喪失しなければならないのか。さらに、短期間の婚姻の後でさえ、自立していない子の世話をしているために、収入を得ることのできない妻の経済的ニーズは、単なる夫婦の資本資産の平等な分割によっては満たされないこともある。

このような状況において、スコットランド法委員会は、離婚に基づく経済上の給付の制度によって達成されなければならないが、同時に、当該婚姻の特殊な状況を考慮した命令がなされるために、裁判所にかなりの程度の裁量を留保することを認める、一連の原則あるいは目標を規定することが必要である、との見解を採った。

最後に、1985年法の規定は《配偶者》に対する経済上の給付に関わるにすぎないことが、まず強調されねばならない。後述するように、スコットランド法上、子はその両親、あるいはその子を家族の子として受け入れた者たちからの扶助料に対する独立した権利を有する。この扶助料に対する権利は一応、その子が18歳に達するまで存続する。子の扶助料請求は、とりわけ離婚訴訟手続のなかでなされる。家族の子に対する扶助料はそれゆえ、裁判所が配偶者に対する経済上の給付を斟酌する《以前に》決定されよう。換言すれば、配偶者に対する経済上の給付の問題が生じるのは、その子に対する扶助料が裁定された《以後に》においてすぎない。このように、スコットランド法は、婚姻が離婚に終わる際に、家族の子の経済上のニーズを最優先する。しかし、扶助料は定期手当という形だけをとるであろう。すなわち、子は、単にその両親の婚姻が離婚に終わったというだけでは、実質的資本(substantial capital)に対する権利を認められないのである。

命令の性質

1985年スコットランド家族法第8条1項によって、離婚訴訟において、裁判所は、その申請人に対する経済上の給付として、以下の一つあるいは複数の命令をなす権限を有する。

(i) 一括払金の支払命令、あるいは財産移転命令

かかる命令は、離婚の時点、あるいは裁判所によって特定された期間内、のいずれかになされうる。さらに、裁判所は、その命令が将来の特定の期日に発効すべきことを定めることができる。そこでたとえば、夫婦の唯一の実質的な資産が婚姻上の住居だけであり、これが一括払金の支払に必要な財源を調達するために売却されねばならない場合には、裁判所は、特定期日まで、たとえば家族の最年少の子が18歳に達し、その財産がもはや婚姻上の住居として必要とされなくなるまで、かかる命令の発効を延期することができる。

裁判所は、一括払金が割賦金 (instalments) により支払われるよう命じることができる。これは、夫婦の資産が容易に換金できない場合に重要である。たとえば、妻が2万ポンドの一括払金を認められたが、夫の資産が小規模の事業のために自由に流用できない場合には、裁判所は、その2万ポンドを年4千ポンドずつ5年の割賦金で支払われるよう命じることができる。それはまた、配偶者が高い収入以外には資本資産をほとんどもたない場合にも有用であろう。定期手当よりも割賦金による一括払金裁定が勝っている点は、裁定された一括払金の総額は変更されえないことであり、それゆえにそれが支払人によっては不確定な経済上の負担として知覚されないであろう。

裁判所に財産移転命令をなす権限を付与することによって、第8条1項 a)は、それ以前の法律の最も目立った欠点の一つを取り除いている。婚姻上の住居の賃借権の移転を命じる権限は別として、裁判所は、一方配偶者から他方配偶者への財産の完全な移転を行うことができなかった。現在では、財産移転命令をなすことができる。であるから、たとえば、婚姻上の住居が夫によって所有される場合に、妻がその婚姻の諸状況において認められる経済上の給付を有効になす他の手段を夫が有しないならば、裁判所は、妻に対するその財産の所有権移転を命じることができる。

(ii) 定期手当

裁判所は定期手当を命じる前に、一括払金の支払あるいは財産移転命令が当該状況において不適切か不十分であることを得心しなければならぬというのが、1985年法の自明の原則である。さらにいえば、定期手当は、第9条1項 c), d)あ

るいは e)の原則の一つによって正当化される場合になされうるにすぎない。このように同法の全体としての趣旨は、経済上の給付の《通常の》命令は、定期手当よりはむしろ一括払金が財産移転命令の形をとるべきである、ということである。これは、夫婦が離婚後に経済的にお互いに依存することを止めるという結果をともなう「クリーン・ブレイク (clean break)」を奨励することになる。

したがって、定期手当命令がなされるのは、例外的な状況にとどめるべきである。その命令は、一定期間あるいは不定期間中、もしくは特定の出来事が起きるまでのものということもありうる。状況の実質的変化があった場合には、定期手当は変更または取消されうるが、定期手当命令は一括払金支払や財産移転(命令)に変更されうる。

定期手当は受取人の死亡あるいは再婚によって終結するが、支払人が死亡しても定期手当は存続する。もっとも、その遺言執行人は裁判所に命令の取消を申請できる。

(iii) 付随的命命

一括払金、財産移転、定期手当の各命令をなすことに加えて、裁判所は付随的命命をなす権限を有する。これらは第14条に列挙されている。これには、夫婦財産売却命令、夫婦財産評価命令、係争中の財産の所有権の確認が含まれる。非常に重要なことには、裁判所は婚姻上の住居の居住やその住居の家具・調度の使用を規制する命令をなすことができ、その中には婚姻上の住居やその造作に関する支出の責任を当事者間で調整する命令が含まれる。これらの規定にしたがい、裁判所は当事者の一方を婚姻上の住居から排除できる。命令が婚姻上の住居およびその造作の居住・占拠に関して存続する間は、居住中の配偶者は、1981年(スコットランド)(家族保護)婚姻上の住居に関する法律(Matrimonial Homes (Family Protection) (Scotland) Act 1981)によって授与された管理権(powers of management)を留保する。しかしながら、第三当事者との取引に対し配偶者の居住権を保護する1981年法の規定は適用されないが、コモン・ロー上の権限と結び付いた便宜的な付随的命命、たとえば差止命令をなす裁判所の権限は、不利な取引を阻止するに十分である、と考えられている。

その他の付随的命命には、経済上の給付に対して保証がなされるべきであるという命命や、裁定総額に対して利息が生じる期日に関する命命が含まれる。婚姻当事者のための受託者に対する財産支払や移転、および結婚前、あるいは結婚後の婚姻継承的不動産処分条項の破棄、変更に関する権限も存在する。最後に、裁判所は、第9条に述べられた原則や第8条2項によってなされた命命を実行す

るに便宜な付随的命令をなすことができる。

裁判所はこのような過度の権限を備えているので、個々の当該夫婦のために設^{しつら}えられた、経済上の給付命令をなすことができる。

諸原則

経済上の給付の申請につき第8条2項は、裁判所は、第9条に述べられた諸原則により正当化され、かつ当事者の資産 (resources) を考慮し、相当であるような命令を、もしあるならば、なすべきことを規定する。資産は夫婦の現在の資産および将来予測される資産を含む。かくして、裁判所の裁量は、命令が第9条の原則によって正当化されねばならないという点で制約されているが、たとえ原則によって正当化されるにしても、それでも、命令は夫婦の資産に照らして相当でなければならないので、この裁量権はいぜんとして広範である。裁判所は、命令を拒否することが第9条の原則に基づき正当化されるならば、あるいは当事者の資産に照らして相当であるならば、命令をなすことを拒否できる。第9条1項の原則を次に検討したい。

第9条1項 a)：婚姻上の財産の純評価額 (net value) が婚姻当事者間で公正に分割されるべきこと

第一の原則は第9条1項 a)である。これは、婚姻上の財産の純評価額は婚姻当事者間で公正に分割されるべきことを規定する。婚姻上の財産の純評価額とは、その債務が婚姻上の財産に関係するかぎり、婚姻期間中あるいは婚姻前のいずれかに、当事者によって負われた未払いの債務を差し引いた後の、関連する日付における財産評価額である。そこで、たとえば、夫婦の唯一の財産が婚姻期間中に譲渡抵当付で購入された家屋であるなら、関連する日付における財産の純評価額は未払いのローンを差し引いた後の家屋の評価額である。

関連する日付とは、当事者が夫婦として同棲することを止めた日付、あるいは一緒に生活し続けている場合には、離婚訴訟の召還状送達の日付である。したがって二人が、1985年6月に同棲することを止めたならば、たとえ離婚訴訟が数年後に至るまで提起されないにしても、その日付が本規定の趣旨での関連する日付である。しかしながら本規定は、当事者が同棲を再開する場合には、すなわち二人が事実上夫婦として一緒に生活することを再開する場合には、同棲のいかなる中断もなんら考慮されないことを規定する、第10条7項に従う。しかし夫婦が90日以上継続する期間、同棲を中断し、かつその後一回あるいは数回にわたり全体で90日を超えない期間で同棲を再開する場合、関連する日付はいぜんとして

最初の同棲中断の日付である。

この規定の効果は明瞭である。夫婦が短期間（90日未満）別居し、その後に和解が不首尾に終わったとき、最初の別居期間は無視され、関連する日付は、二人が最終的に同棲することを止めた日付である。逆に、夫婦が長期間（90日以上）別居しており、その後に和解が不首尾に終わった場合、和解の期間が、彼らが最終的に同棲することを止めた日付が関連する日付になる90日以上でないかぎり、関連する日付は最初の別居の日付である。

以下の諸例が本条に内在する複雑さをわかりやすく説明する。

例

1. HとWは90日以上の間同棲することを止め、その後90日以上の間同棲を再開する。関連する日付は彼らが最後に同棲することを止めた日付である。
2. HとWは90日未満の間同棲することを止め、その後90日以上の間同棲を再開する。関連する日付は彼らが最後に同棲することを止めた日付である。
3. HとWは90日未満の間同棲することを止め、その後90日未満の間同棲を再開する。関連する日付は彼らが最後に同棲することを止めた日付である。
4. HとWは90日以上の間同棲することを止め、その後90日未満の間同棲を再開する。関連する日付は最初の同棲中断の日付である。
5. HとWは90日未満の間同棲することを止め、その後90日未満の間同棲を再開し、90日未満の間同棲することを止め、そして最終的に90日未満の間同棲を再開する。二度の非同棲期間を合わせて90日以上になるにしても、それらの期間は継続していないので、関連する日付は二人が最後に同棲することを止めた日付である。
6. HとWは90日以上の間同棲することを止め、その後90日未満の間同棲を再開し、90日以上の間同棲することを止め、そして最後に90日未満の間同棲を再開する。同棲再開期間が合わせて90日未満であれば、関連する日付は最初の同棲中断の日付である。しかし同棲再開期間が合わせて90日以上であれば、関連する日付は二人が最初の同棲再開後に別居した日付になる。しかしながら、もし二回目の同棲期間が90日以上続くならば、関連する日付は二人が最後に同棲を止めた日付になる。

婚姻上の財産は、

- a) 婚姻前に、夫婦によって家族の住居として、あるいはかかる住居の家具ないしは調度として使用される、すなわち婚姻上の住居とその造作(contents)として使用されるか、あるいは、

b) 婚姻期間中に、しかし関連する日付以前に、夫婦によって取得され、関連する日付において夫婦、あるいはそのいずれかに帰属している財産全てとして定義される。

しかしながら、以下の財産は除外される。

a) 婚姻上の住居あるいはその造作として使用するために取得された財産という重要な例外はあるが、婚姻前に取得された財産。

b) 関連する日付《以降》、配偶者により取得された財産、および、

c) 婚姻期間中に、第三者から贈与あるいは相続により取得された財産。

極めて重要なことに、婚姻上の財産は関連する日付以前の婚姻期間に帰せられる生命保険証書や職業年金 (occupational pension scheme) による、いずれかの配偶者の権利部分をも含む。

第9条1項 a) を適用するにあたり、最初の課題は当事者間で公正に分割されるべき婚姻上の財産を鑑定することである。以下の諸例を考察しよう。

例

H は W と結婚する直前に家屋を £5,000 で購入した。H はそれを彼らの婚姻上の住居として使用するために購入した。H は £500 の頭金を支払い、残りの代金を抵当によって工面した。家屋の権原は H 名義で取得された。15年間の婚姻の後、H が W のもとを去ったとき、その家屋は £1,000 の未払い抵当分を含めて £30,000 の価値があった。

婚姻期間中に、H は家具、車、およびゴルフ・クラブを購入したが、それらは W のもとを去った時点でそれぞれ £8,000、£5,000、£500 の価値があった。婚姻期間中に、W は、H が W のもとを去った時点でそれぞれ £2,000、£3,000 の価値がある毛皮製品と宝石類を購入した。W はまた、H が W のもとを去った時点で £5,000 の価値がある、ダイヤモンド指輪を相続した。

H は結婚する5年前に加入した職業年金に拠出していた。職業年金に対する H の権利の実価値は、H が W のもとを去った時点で £60,000 であった。H は、W のもとを去った時点で £30,000 の価値がある、婚姻前に購入した株式を持っていた。W が婚姻期間中に自分の所得からなされた貯蓄は £5,000 の価値があった。H が W のもとを去った後に、W はフットボール賭博で £2,500 を獲得した。

関連する日付は、両当事者が同棲するのをやめた日付、すなわち H が W のもとを去った日付である。

その日付において、婚姻上の財産の純評価額は以下のものからなる。

(i) 婚姻上の住居。その不動産は婚姻《以前に》H により取得されたとはいえ、家

族の住居として供するために取得されたのであり、それゆえ、それは〔婚姻上の財産に〕適格である。関連する日付におけるその純評価額は、 $£30,000 - £1,000$ （未払い抵当分） $= £29,000$ 。

(ii) H の家具、車、およびゴルフ・クラブ、すなわち婚姻期間中、かつ関連する日付以前に H により取得された財産 $= £8,000 + £4,500 + £500 = £13,000$ 。

(iii) W の毛皮製品および宝石類、すなわち婚姻期間中かつ関連する日付以前に W によって取得された——しかし第三者からの相続により取得されたダイヤモンド指輪は除外する——財産 $= £2,000 + £3,000 = £5,000$ 。

(iv) 婚姻期間中かつ関連する日付以前になされた妻の貯蓄 $= £5,000$ 。しかし H の株式は婚姻《以前に》取得されたので除外される。W のフットボール賭博の賞金は、関連する日付《以後に》取得されたがゆえに除外される。

(v) 関連する日付以前の婚姻期間中に帰せられる職業年金に対する H の権利の割合。H は 20 年間その年金に関わっており、そのうち 15 年間は婚姻期間中かつ関連する日付以前であった。関連する日付において、その権利の価値は $£60,000$ である。したがって、婚姻期間中に属せられる部分は、

$$£60,000 \times 15/20 = £48,000$$

（これは明らかに著者の計算間違いであるが、以下の本文中の数値も変更しなければならないので、一応原文のままにしておく——訳者）

かくして、関連する日付における婚姻上の財産の総価値は $£100,000$ である。

同法第 10 条 1 項によって、公正な分割とは一応は均等分割である。したがってこの例では、H と W は一応 $£50,000$ の権利を持つ。W はすでに $£10,000$ すなわち $£5,000$ 分の毛皮と宝石、 $£5,000$ 分の貯蓄を持っているので、H は W に一括払金あるいは現実の財産移転のいずれかとして $£40,000$ を譲渡しなければならない。このことがなされるべきか否かを裁判所が考察する際には、夫婦の資産に照らして、そうすることが合理的であるかを考察しなければならない。これらの中には、両配偶者に属する婚姻上の財産ではないもの、すなわち $£30,000$ の価値がある H の株式、そしてそれぞれ $£5,000$ 、 $£2,500$ 、合計 $£7,500$ の価値がある W のダイヤモンド指輪およびフットボール賭博の賞金が含まれる。かかる状況においては、W に対して $£40,000$ の支払をなすこと——その資産が容易に換金できない場合は分割払いで支払われること——を H に命じるのが一応は合理的であろう、と考えられる。

公正な分割は一応は婚姻上の財産全ての純評価額の均等分割である一方、特別な状況によって他の比率が正当とされるならば、裁判所は原則から逸れることが

できる。いくつかの特別の状況が第10条1項a)～e)に例示して列挙されており、いまから考察される。

a) なんらかの婚姻上の財産の所有、もしくは分割についての両当事者の合意条項。かかる合意の最も一般的な例は、離婚を審理する裁判所に提出される共同の裁判要領書(joint minute)であるが、当然ながら、婚姻上の財産が離婚に際してどのように分割されるかについて、前もって婚姻中になされた合意でもよい。一方配偶者により他方に対してなされた贈与は婚姻上の財産であるが、夫婦は明示的あるいは黙示的に、当事者間の贈与は婚姻上の財産の分割から除外されることを取り決めることもできる。

b) なんらかの婚姻上の財産を取得するために使用された資金源あるいは資産源が、婚姻期間中に、両当事者の所得もしくは努力から得られていない場合の、それら資金源あるいは資産源。

上述の例にあるように、Hが婚姻《以前に》婚姻上の住居の頭金として£500の自己資金を用立てたならば、裁判所は、夫に補償するために、公正な分割は均等分割であるとの原則から逸れてもよい。筆者の見解では、Hは、その家屋取得の日付における彼の分担金に相当する財産価値の割合に応じた、関連する日付におけるその家屋の価値の割合を与えられるべきである。かくして、Hの£500は、その家屋が購入された時点における財産価値の1/10に相当し、結果としてHは、関連する日付におけるその純財産価値の1/10、すなわち£29,000の1/10=£2,900を受け取るべきである。婚姻期間中にHの所得から引き出された抵当支払はなんら考慮されるべきでない。かくして裁判所は、そう望むならば、公正な分割の趣旨から、その住居の価値を£29,000-£2,900=£26,100と見做すことができる。

第三者から贈与あるいは相続の結果として取得された財産は、婚姻上の財産の定義から除外されているとはいえ、配偶者がこのようにして取得された資金を婚姻期間中に財産、たとえば絵画や車を購入するために用いる場合は、これは一応、公正な分割をうける婚姻上の財産になろう。しかしながら、このような状況において、婚姻上の財産は、婚姻期間中に両当事者の所得あるいは努力から得られた資金で購入されたのではないからして、当該配偶者に補償するために、均等が公正であるとの原則から裁判所は逸れるべきである、と考えられる。

c) いずれかの当事者による財産のなんらかの毀損、浪費、あるいは譲渡。この規定により、配偶者が関連する日付以前あるいは以後に、婚姻上の財産を毀損、浪費、あるいは譲渡したとき、公正な分割は均等分割であるとの原則から裁判所

は逸れることができる。

この規定は、とりわけ離婚に基づく経済上の給付請求を無効にすることを図った取引に対する第18条の一般的な保護規定の追加規定である。

d) 婚姻上の財産の性格、その用途（業務用あるいは婚姻上の住居としての使用を含む）、およびそれが換金、分割され、あるいは担保として供されることを期待することが合理的とされる程度。

これがおそらく、公正な分割は均等分割であるとの原則からの逸脱を正当化しうる特別な状況のなかで最も重要である。上述の例では、Hがその家屋を業務用に使用する場合に、Wへの一括払いをするために、換金の目的でその財産を売却するようHに命じることは合理的ではないかもしれない。裁判所は、こうした状況においては、その財産をHが引き続き保有することを認め、家屋を含む婚姻上の財産全ての価値の半分に対してWの持つ権利の損失分に対し実行できるかぎりWに補償するために、HがWに供与できる一括払金をなんであれ、Wに支払うようHに命じることができる。この一括払金は婚姻上の財産の純評価額の半分に等しい必要はない。もっとも、この例の状況では、それでも相当額になるであろうが、Hは二番抵当により資本を調達すべく要求されるか、あるいは一括払金はHの所得からの分割払で支払われることもありえよう。

他方、上述の例で、家族の住居として家屋を必要とする家族の子がいたならば、裁判所は、最年少の子が18歳に達するか、あるいは高等教育過程を終了するまでは、その家屋は売却されてはならないとの付随的命をなすことができる。それに代わるべきものとして、Wが子の監護権を有するならば、家屋は無条件にWに移転されることを命令でき、たとえその削減が婚姻上の財産全ての半分の価値の損失について、Hに完全に補償することにはならないとしても、婚姻上の財産の残余についてのWの持分がそれに比例して削減される。しかしながら、この例の状況でのように、夫婦がかなりの財源を持ち、その結果、監護権をもつ親が家族のための適切な別の居住設備を取得するにほとんど困難がないならば、そうすることが子の利益に反しない証拠が提出されることを条件として、裁判所はたぶん単純にその住居が売却され、その売却益は両配偶者間で均等に分割されるよう命じるであろう。

e) 離婚に関連した財産の評価や移転の費用についての現実または将来の責任。

第9条1項a)の原則を適用するにあたり、一応は、いずれの婚姻当事者の行為も考慮されない。たとえば婚姻が妻の姦通あるいは夫の行動の結果として回復不能なまでに破綻してしまったにしても、このことは関連性をもたず、婚姻上の財

産の公正な分割は均等分割であるとの一応の原則に影響を与えない。しかしながら、配偶者の行為が、たとえば資産の浪費や求職を不合理に拒否することによって、その夫婦の経済上の資産に悪影響を与えた場合には、その行為は関連性をもつ。もちろん、多くの場合そのような行為は第10条6項c)、財産の毀損、浪費、譲渡の結果としての均等分割からの逸脱によって、おそらくすでに十分に考慮されているであろう。概して、婚姻における非行が関連性をもたないことの理由は、第9条1項a)における原則は、配偶者は婚姻への寄与の結果として婚姻上の財産の公正な分割に値し、また配偶者の行為がその配偶者の分割されるべき夫婦の資産に悪影響を与えていないかぎり、婚姻破綻の責任はその〔公正な分割の〕権利を害すべきではないことを認めることが意図されているからである。

第9条1項b: いずれかの当事者から得られた、他方当事者の寄与からの経済上の利益、および他方当事者または家族のためにいずれかの当事者が被った経済上の不利益について、公正な考慮がなされるべきである。

この原則は、i)たとえば他方配偶者の事業に投資したり、賃金不払の秘書として就労したりすることにより、その他方配偶者の経済上の利益に寄与しているか、またはii)他方配偶者あるいは家族のために、たとえば妻が子の出産、育児のために給料の良い仕事を辞めることによって、経済上の不利益を被った配偶者を補償することが意図されている。配偶者が経済上の不利益を被った場合、他方配偶者にそれに相応する経済上の利益が存する必要はない。つまり経済上の不利益を他方配偶者やその家族のために被っていれば、それで十分である。経済上の利益には資本利得を含み、収入、所得能力、および経済上の不利益はそれにしたがって解釈されることになる。寄与には間接的かつ非経済的な寄与——たとえば造園や住居の装飾——が含まれる。住居を管理し、家族を世話するにあたり配偶者によってなされた寄与は、明文で認められている。第9条1項b)の原則は、当事者によって、婚姻が行われる《以前に》得られた経済上の利益、被った不利益、なされた寄与に対して適用されることに注意することは重要である〔Fraser v Fraser 1976 SLT (Notes) 69〕。かくして、たとえば、Hが職業訓練を受けていたときに彼を援助するため、二人が結婚する以前にWが働いていたならば、その寄与は、たとえそれが二人が結婚する以前になされていたとしても、第9条1項b)にしたがい考慮される。

この原則による請求は、数量化することがとりわけ困難であろう。第11条2項によって、いずれかの当事者によって主張された経済的利益あるいは不利益が、他方当事者によって主張された経済的利益、不利益とバランスがとれているかど

うかを、裁判所は考察しなければならない。さらには、結果として生じる不均衡が第9条1項 a)の原則による婚姻上の財産の価値の分割によって補正されているか、あるいは将来補正されるかそうでないかを、裁判所は決定しなければならない。第9条1項 b)によるいかなる裁定も一括払金あるいは財産移転の命令の形式をとらなければならないので、実際には第9条1項 a)および b)の原則は、合わせて考察されると考えられる。

このように裁判所が、妻がその婚姻期間中の家族に対する寄与について第9条1項 b)による補償を受けるべきであると決定したとすると、たとえ妻が判決によって第9条1項 a)の原則により一応の権利が与えられる婚姻上の財産の半分の価値以上を受け取るにしても、とるべき最も適切な形式は妻への婚姻上の住居の無条件の移転であると、裁判所は判決することができる。

第9条1項 a)の原則においてと同様に、第9条1項 b)の原則を適用するにあたり、配偶者の婚姻上の非行は、それが夫婦の経済上の資産に悪影響を与えていないかぎり、関連性をもたない。

第9条1項 c)：離婚後に、16歳以下の婚姻による子を世話することによる経済的負担は、当事者間で公正に分担されるべきである。

離婚に終わる婚姻による、扶養を要する子が存する場合、大部分の場合両当事者との接触を保つことが子の最良の利益になるであろうから、通常クリーン・ブ레이크はありえない。既にもてきたように、婚姻当事者による、離婚に基づく経済上の給付請求を考察する以前に、裁判所は家族の子の扶助を決定するであろう。しかし実際には、監護権を得る親は家族の子を世話するにあたり経済上の不利益を被むるかもしれない。たとえば、親は常勤の仕事に就くことができないかもしれないし、また子守(nanny)の雇わなければならないかもしれない。これらの状況において、第9条1項 c)の原則は、子の世話による経済的負担が当事者間で公正に分担されることを確保するよう作用する。実際にはこの原則は、家族の子を世話する経済的負担を認めて、監護権をもつ親は追加の経済上の給付を受領すべきことを通常意味するであろう。

裁判所はこの経済上の給付を決定するにあたり、a)婚姻による子の扶助命令、あるいは取決め、b)子を世話する必要に起因する支出や所得能力の減損、c)子に適当な居住設備を供給する必要、d)子の年齢および健康、e)子の教育、経済、その他の状況、f)適切な児童保護施設、サービスの有用性と費用、g)当事者のニーズ、資産、h)当該事例のその他全ての状況、を考察しなければならない。裁判所はまた、経済上の給付を請求されている配偶者が、扶助義務を被扶養者に負う

と否とにかかわらず、その世帯内の被扶養者として扶養される者を援助している事実を考慮してもよい。たとえば、夫が妻のもとを去り、愛人とその子とともに生活し、彼らの生計を援助している場合である。裁判所がかかる状況を考慮するなら、上記のことは第9条1項c)の原則による経済上の給付に利用できる資産を減じるであろう。さらには、配偶者の婚姻上の非行はここでも、それが夫婦の経済上の財産に悪影響を及ぼさないかぎり、無関係である。これは、第9条1項c)の原則が、子を世話することによって家族に寄与することにより、監護権をもつ親は経済上の給付を受けるに値することを認めているからである。

第9条1項a)およびb)の原則による命令とは異なり、裁判所は、第9条1項c)の原則を適用するにあたり、一括払金や財産移転が第8条2項の要件を満たすに不適切、あるいは不十分であると得心するならば、定期手当命令をなす権限を有する。このようにして、夫婦が資本資産をほとんど、あるいは全く有せず、その結果彼らの資産に照らして一括払命令や財産移転命令をなすことが合理的でない場合には、第9条1項c)の原則による定期手当がおそらく正当化されよう。定期手当がなされるならば、それは——取消、変更がありうるが——婚姻による最年少の子が16歳に達するまで続くこともありうる。しかしながら、二人がかなりの資本資産を有するならば、第9条1項c)の原則による経済上の給付は、第9条1項a)またはb)の原則による経済上の給付に《加えて》一括払や財産移転命令の形式をとることもありうる。それにかわるものとして、資本資産があまり多くない場合、第9条1項c)の原則は、たとえば監護権をもつ親が、たとえ婚姻上の住居の移転によって第9条1項a)の原則により一応は権利を認められた婚姻上の財産の半分以上の価値を受け取るにしても、子の監護権をもつ配偶者への婚姻上の住居の移転を正当化するのに用いられよう。

第9条1項d)：相当程度にまで他方当事者の経済上の援助に依存している当事者は、離婚確定判決の時点から離婚による援助の喪失に対し三年を超えない期間にわたり、その当事者が〔社会に〕順応できるのに相当であるような経済上の給付を裁定されるべきである。

この原則はおそらく、第9条1項の諸原則のなかで議論の多いものであろう。それは、配偶者、実際には夫に経済上依存している妻に、離婚後に独身者として生活を立て直すことを可能にするために、経済上の援助を与えるものである。経済上の給付は、一括払金や財産移転が第8条2項の要件を満たすのに不適切あるいは不十分であることに裁判所が得心するならば、定期手当の形式をとることができる。しかしながら、いかなる定期手当の支払も最大限三年の期間に限定され

ている。最大限三年では配偶者が独身者として生活を立て直すに余りに短かすぎると考えられるかもしれないが、しかし大量の失業という一般的な問題の万策を講ずることは、離婚に基づく経済上の給付の法の機能ではないとの見解が採られた。さらにいえば、第9条1項d)の原則により裁定されたいかなる経済上の給付も、第9条1項a)あるいはb)の原則により裁定された一括払金や財産移転命令、およびすでにみてきたように、最年少の子が16歳に達するまで続きかねない第9条c)の原則によって裁定された経済上の給付の《追加》である、ということも注意されるべきである。

第9条1項d)の原則が適用される以前に、申請人は他方配偶者に経済上依存していなければならない。命令をなすにあたり、裁判所は、a)申請人の年齢、健康、所得能力、b)離婚前の依存の期間と程度、たとえば短期間の婚姻の当事者であって、離婚直前にだけその仕事をやめていた妻は、離婚前に長年にわたって依存していた妻とは対照的に、最大限三年の定期手当を受けることはありそうにない、c)申請人の教育・職業訓練過程を受ける意向、d)当事者のニーズと資産、そしてe)当該事例のその他すべての状況、を考慮しなければならない。裁判所はまた、経済上の給付を請求されている配偶者が被扶養者に対して扶養義務を負うと否とにかかわらず、その配偶者の家計で被扶養者として扶養されている者を援助している事実を考慮することもできる。第9条1項a)、b)およびc)の原則とは異なり、婚姻上の非行は、それが夫婦の経済上の資産に影響を与えたときだけでなく、その行為を無視することが明らかに衡平を失するならば、考慮されるであろう。これは、第9条1項d)の原則が衡平な思慮に基づくからであり、また配偶者の婚姻への寄与の結果として配偶者が得た、あるいは得るであろうものの承認ではないからである。

第9条1項d)の原則による経済上の給付が第9条1項a)、b)もしくはc)の原則によって裁定された給付の《追加》であるとする、それは配偶者が結婚していない状態の生活を立て直すことを助長するのに有益であると思われる。これは申請人が成人教育あるいは再職業訓練課程を始めることを意図しているときにはとりわけ貴重であろう。しかし、この原則による定期手当の支払を最大限三年に制限することによって、命令は支払人によって、不確定の経済上の負担としては感じられないであろう。

第9条1項e)：離婚の時点で、離婚の結果として、重大な経済上の困難を被るように思える当事者は、相当とされる期間にわたりその者を困難から救済するに相当とされるような経済上の給付が与えられるべきである。

第9条1項e)は、前の四つの原則を適用することによっては配偶者に対する適切な経済上の給付が達成されえない場合の「最後の手段」であると解釈される。これは、《離婚の時点で》高齢あるいは重病で申請者が労働できないので、申請者が重大な経済上の困難を経験するであろう状況を扱う。この原則は、配偶者が疾病その他の災難に離婚の日付《以降に》おそわれた場合には適用されない。それは以前の配偶者にかかわることではないからである。

ここでもまた、裁判所が、一括払金や財産移転は第8条2項の要件を満たすに不適切あるいは不十分であると得心するならば、経済上の給付は定期手当の形式をとることができる。命令をなすにあたり、裁判所は、a)申請人の年齢、健康、所得能力、b)婚姻の期間、c)婚姻期間中の当事者の生活水準、d)当事者のニーズと資産、e)当該事例のその他すべての状況を顧慮しなければならない。裁判所はまた、経済上の給付を請求されている配偶者が、その者が被扶養者に対して扶助義務を負うと否とにかかわらず、その家計で被扶養者として扶養されている者を援助している事実を考慮することもできる。さらに、婚姻上の非行は、それが夫婦の経済上の資産に影響を与えたときばかりでなく、その行為を無視することが明らかに衡平を失するときにも考慮される。これは、第9条1項e)の原則が、明らかに衡平の思慮に基づいており、したがって申請人の婚姻破綻についての責任は、関連性ある考慮事項であるべきだからである。それにもかかわらず、行為は、それを無視することが《明らかに》衡平を失するときに関連性があるにすぎないということが強調されるべきである。

第9条1項e)の原則にたよることは稀であろう。たとえば、長期間の婚姻が存在し、その期間中、妻がその家族の面倒を見るために仕事を断念した場合、離婚の時点で彼女が余りに歳をとり過ぎて、労働市場に入るとができないとしても、第9条1項e)の原則は適用されそうにない。というのは、この種の婚姻状況においては、特に婚姻上の財産が生命保険証書や職業年金による夫の権利をも含むことを想起するとき、妻は第9条a)およびb)の原則によりかなりの経済上の給付を入手していそうだからである。さらにいえば、重大な経済上の困難は、二人が極めて限られた資産しか有していない場合の《離婚から》生じなければならないので、それに基づき裁定される定期手当は、受取人がそうでない場合に、離婚した者として権利を認められるであろう補足給付金や年金の額を減じるにすぎないので、第9条1項e)の原則は適用されない。婚姻上の非行が関連性をもつという事実は、その原則の適用範囲をさらに制限する。かくして第9条1項e)の原則が関連性をもつのは、極めて例外的な状況においてだけでであろう。たとえば、短期

間の婚姻が存在し、そしてその二人がほとんど固定資産を有していないが、H が相当の収入を有するならば、離婚の時点において W に重大な身体的障害のある場合には、第 9 条 1 項 e) の原則が適用されるかもしれないが、ただし彼女(W) の行為が婚姻の破綻に責任のないことを条件とする。こうした状況においてさえ、W が 1976 年(スコットランド)離婚法第 1 条 2 項 e) にしたがって離婚係争中の場合には、彼女は、判決を与えることが結果的に被告に対して重大な経済上の困難を生じるという事由に基づき、離婚訴訟に対する第 1 条 5 項の抗弁を有することになる。定期手当がこの原則により命令された場合には、取消や変更を受ける一方、その手当は最長期間を限定されず、受取人が再婚するか死亡するまで継続しうる。その手当が支払人にとって潜在的に生涯間の経済上の負担を生じさせるという事実は、第 9 条 1 項 e) の原則が最も例外的な状況において適用されるにすぎないことのいま一つの理由である。

結び

第 9 条の諸原則は、裁判官が離婚に基づく経済上の給付命令をなすにあたり、彼らの裁量権を行使するときに用いなければならない非常に複雑なガイドラインを規定する。第 9 条 1 項 a) および b) の原則は、一括払金の支払いおよび財産移転命令を通じて、両配偶者によってなされた婚姻への経済的その他の寄与を認め、家族のために配偶者が被むった経済的な不利益の補償を規定する。かかるものとして、クライブは、それらの原則は、延期された財産共同制(a system of deferred community of property) に向けての大きな一歩を構成し、そして実質的に、両配偶者間の平等なパートナーシップとして婚姻を理解するものである、ことを示唆している。それと同時に、第 9 条 1 項 c) の原則は、離婚後、婚姻による子を世話することに引き続きかわることの結果として、経済的な負担を被むる配偶者に経済上の給付を与える必要性を認め、また第 9 条 1 項 d) の原則は、配偶者に独身者として生活を立て直すのを助長することが意図されている——もっとも、この場合、定期手当は最大限三年に制限されてはいるが。最後の原則は、離婚の時点において重大な経済上の困難が、離婚の結果として生じる可能性のある、極めて例外的な事例のための「最終手段」である。最後に、婚姻上の非行は、第 9 条 1 項 d) および e) の原則にかかわる場合、すなわち非行を考慮《しない》ことが明らかに衡平を失するかぎりにおいてのみそれが考慮されるべき場合を除き、それが経済上の資産に悪影響を及ぼさないかぎり、関連性をもたない。これは当然ながら、無責の婚姻制度と矛盾がない。

本法はそれゆえに 20 世紀末におけるスコットランド社会のニーズに適った経

済上の給付制度の枠組みを提供すると考えられる。しかし裁判官はかなりの裁量権を不可避的に委ねられているので、その制度の実効性は、裁判所が離婚に基づく経済上の給付命令をなすにあたり、それらの原則本来の趣旨にどれほど忠実であろうとするかに最終的にはかかっている。

経済上の給付についての取り決め

配偶者が離婚に基づく経済上の給付を申請する権利を有効に放棄しうるのは、以前の法の基本原則であった(*Dunbar v Dunbar* 1977 SLT 169; *Thomson v Thomson* 1982. SLT 521; *Elder v Elder* 1985 SLT 471)。したがって、配偶者は、彼らの財産の適切な再配分を自分たち自身で取り決めることができ、かくして離婚における経済的な「クリーンブレイク」を達成することができた。問題はしかしながら、その事件が法廷で争われると、どのような経済上の給付を裁判所が命令する可能性があるかについての不確定さのゆえに、法律家は彼の依頼者に、当該婚姻の状況において公正な決定を構成するのかが何であるかについて助言するに困難があった。第9条の諸原則の導入は、訴訟の結果について大いなる確かさを与え、したがって法律家はこれからはその依頼者に代って経済上の決定を交渉することがより一層できるようになることが期待される。

1985年法以前には、離婚に基づきなされるべき経済上の給付についての取り決めは、錯誤、詐欺、不当の威圧(*undue influence*)、不実表示のような無効とする要因の証拠が存しないかぎり、破棄されえなかった。したがって、当事者が別々に助言を受けることが、以前においても、また現在においても重要である。1985年法第16条はしかしながら、離婚に基づきなされるべき経済上の給付についての取り決めを破棄、変更する限定的な付随的権限を裁判所に与えている。まず第一に、定期手当の支払に関する取り決め中のいかなる条項も変更、破棄することができるが、ただし取り決め中にその趣旨に対して明示的な条項があることを条件とする。これは、離婚が認められた後、いかなるときにもなされう。第二に、定期手当に関するいかなる条項も、その支払人が破産したならば、変更あるいは破棄されう。これは、離婚判決が与えられるとき、あるいはその後のいかなるときにでもなされう。第三に、離婚判決を与える際に、裁判所は、その取り決めがなされた時点において「公正かつ合理的」でない取り決めや、かかる取り決め中のいかなる条項をも破棄、変更できる。かくして裁判所は現在、《取り決めがなされた時点で》それらが公正かつ合理的であることを保証するために、そのような取り決めを管理する (*to police*) 権限を有するが、その権限は離婚判決を与

える際に行使されうるにすぎないがゆえに、離婚後の当事者間の経済的な「クリーンブレイク」を達成する目的は阻害されないであろう。この権限は、かかる取り決めの当事者の付随的な保護にとって望ましかった一方、その限定的な性質が、離婚に基づく経済上の取り決めの自己規制を配偶者が行うのを妨げるようには作用しないことを保証するであろうと考えられている。

手続上の問題

第18条によって、経済上の給付命令の請求をなした配偶者は、その請求の結着の日付から一年以内に、その請求をなした日付の以前五年以内に婚姻の他方当事者によってなされた、財産移転あるいは財産にかかわる法律行為の破棄あるいは変更する命令を裁判所に申請できる。その法律行為が、申請者の経済上の給付請求を全体としてあるいは部分的に無効にする効果を有したり、あるいは有する可能性があることが、原告(challenger)により裁判所が得心させられたならば、裁判所は上記の命令をなすであろう。これは客観的な基準である。すなわち、その財産移転が譲渡人によって申請者の請求を無効にするよう意図されていたかどうかを立証する必要はない。法律行為は財産の処分や継承的不動産設定ばかりでなく、金銭その他の有体動産の贈与をも含むであろう〔Maclean v Maclean 1976 SLT 86〕。第19条による命令は、第三当事者が善意かつ有償で財産あるいはそれに対する権利を取得したか、もしくはそのような財産や権原を善意かつ有償で取得した者から、かかる財産や権利を取得した場合には、その財産における、あるいはその財産に対する第三者の権利を害しない。かくしてたとえば、Wの経済上の給付請求の三年前に、Hがその情婦であるMに£20,000を譲渡したならば、Mが善意であり、かつその金銭の対価に相当するものを与えていないかぎり、たとえばHに£20,000相当の絵画を売却してないかぎり、裁判所はその譲渡を破棄できる。

最後に、経済上の給付を求める訴訟において、裁判所は、いずれかの当事者にその者の資産の詳細を説明するよう命じることができる。離婚訴訟や婚姻無効確認訴訟の判決確定前に、裁判所は訴訟当事者に当座の扶助料を裁定する権限を有していることも想起されるべきである。当然ながら、裁判所が経済上の給付命令をなす訴訟結着の日付まで支払われる定期的な支払のみが裁定されうる。