

イギリス法にみる故意的拒否 (Wilful Refusal) による結婚¹⁾の非完成 (Non-Consummation) について

——性的不能 (Incapacity)²⁾の性交 (sexual intercourse) を通してみた故意的拒否について——

羽 村 省 太 郎

岡山理科大学教養部
(昭和55年9月29日受理)

- I はじめに
- II 性的不能にみる性交の意味について
- III 裁判上の推定による性的不能について
- IV 性的不能の性交を通して見た故意的拒否について
- V 無効事由としての故意的拒否による結婚の非完成の当否について
- VI むすび

I はじめに

イギリス法において取消しうる無効 (voidable) とされる結婚の非完成のなかに、その性的不能と故意的拒否があり、前者は教会裁判所以来認められてきた事由であり、後者は、1937年の結婚事件法 (the Matrimonial Cause Act, 1937, Section 7 (1) (a)), (以下1937年法と省略する) に初めて規定された制定法上の無効事由であった³⁾。今日、両者共1973年の結婚事件法 (the Matrimonial Cause Act 1973) の無効事由に、『結婚を完成することをどちらかの当事者の不能によって結婚が完成されなかったこと』(section 12 (a), that the marriage has not been consummated owing to the incapacity of either party to consummate it.)⁴⁾ と『結婚を完成することを被告が故意に拒否することによって結婚が完成されなかったこと』(section 12 (b), that the marriage has not been consummated owing to the wilful refusal of the respondent to consummate it) と規定している。このような無効事由の一端を探ってみると社会の中で形成されていく結婚概念の範囲がわかるし、それだけに無効法理は離婚法理よりも重要性があるように思えてくる。日本では性的不能は無効事由とされていないし、況んや、故意的拒否も勿論のことである。イギリスではこの性的不能はキリスト教婚に起因する伝統的な教会裁判所の影響から無効事由として判例上存在してきたし、これに追従して独立した形式で性交の故意的拒否を結婚の非完成の無

効事由の一つとして、制定法上の規定にあらわされたと考えられる。

本稿は、一面的な観察にすぎないが判例上の性的不能にみられる性交の解釈を通して、この故意的拒否による結婚の完成の有無を考えた場合、いろいろと問題点が生じてくる⁵⁾。それはこの故意的拒否が無効事由としてとどまるべきか。はたまた離婚事由となるべきか。無効事由として存在する限りは、あくまでそのような審理にならなければならない⁶⁾。ひいては結婚の目的とするところからみいだされることになるし、この事柄は、結婚の無効と離婚との立法上の接点として示唆される。さらに取消しうる無効 (voidable) の場合、無効判決となるまで結婚が存在したことになる。その点で離婚とのある共通点をもっているし⁷⁾ 今日では判決による実際効果は離婚と変わりなくなっているので、無効は離婚法の中に吸収されていくのではないかとの考えも生ずる⁸⁾。それはさておき、この制定法上の故意的拒否も、不能という無効事由がすでに結婚当時存在する事由であるとの論理性からは矛盾するものと指摘されながら、今日まで四十年以上も無効事由として存在してきた。しかし、これまでどのように取り扱われてきたか。これからどのように考えられるであろうか。この故意的拒否は現在の制定法である1973年の結婚事件法に規定されているが、その無効事由の前身である1971年の結婚無効法 (Nullity of Marriage Act)⁹⁾ に統合されるにあたっての議会で立法委員会の審議や、諸委員会の資料、報告書などを参考して不十分ながら若干今後の動向をみてみたいと思うのである。

II. 性的不能 (impotence) にみる性交の意味について

(1) 結婚は当事者がその儀式後性交をもてば直ちに完成されると言われる。¹⁰⁾ この結婚の完成はカノン法上合意に対する意思上の能力と同じく肉体上の能力が結婚の基礎的要件であったとされる¹¹⁾。これは結婚の完成がキリスト教婚としての本質的主要部分を構成しているからであろう¹²⁾。この点は深く立ち入らない。それではどの程度のもものが結婚の完成となる性交であろうか。現在制定法上結婚の完成は定義されていないが、この完成となる真の交接 (vera copula) に対してのカノン法の不能 (canonical disability)、即ち、その性的不能は教会裁判所からの原則によるものであるから、先ずその点に少しふれ故意的拒否の性交の問題に関連して若干の判例を取り上げ、結婚の目的としているところに言及しつつまとめてみたい。

(2) 先ず、カノン法上ではどうであろうか。性的不能についてその定義はされていないが、その1068条に次の如く規定されている。『1. 不能は、男性であろうと女性であろうと、一方の当事者が知、不知であろうと、絶対的であろうと、相対的であろうと、先天的、永久的による不能は自然法自体において無効とする。2. 性的不能の障碍が、法律上、事実上どちらも疑わしいとすれば、結婚は妨げられない。3. 不妊 (sterility) は、結婚を無効としないし、不法としない。』¹³⁾ と。初期の若干のカノン法学者によると結婚の完成は一体 (one flesh) になることであったが、12世紀頃その論争で結婚の本質的要素としての合意 (consent) の中にある性交行為の法律上の重要性がうすれたが、その合意の性質が問題

となって肉体の提供の合意がそこに含まれ、結婚当時の合意は当然結婚を完成する能力があれば有効だとした。これは裁判所が結婚の合意の時点での能力として、あるいは不能の有無を証明するのに助けとなる限りでのみ男女の事実上の性交関係や、その交接の性質が重要性をおびていた。それで今日裁判所が取り扱う無効となる性的不能は、1858年前のイギリス教会裁判所で施行されている原則によっていたのである¹⁴⁾。この性的不能には二つの型がある。一つは、器官上生ずる疾患 (malformation) というものか、あるいは肉体上の欠陥 (physical defect) というもの。一つは、心理学上のもので、一般的にすべての相手方に対する不能と、相対的に単にある一定の相手方に対する不能で、抑えがたい嫌悪 (invincible repugnance) の法概念としてもものがある。¹⁵⁾ ローマカトリック裁判所の判決によれば、この結婚の完成に三つの主要な要素をあげている。一つは男性による十分な勃起、二つは女性の膣への勃起による挿入、三つは女性の膣への精子の自然的射精等としている¹⁶⁾。シェルフォード (Shelford) の法律書によれば、『性交不能は、それで交接としての不能とか、あるいは、妊娠上の行為の達成不能とから成る。男女の性的不能のはっきりした原因は、肉体上と精神上のものにわけられる。男性の不能原因は二つの根源から生ずる。生殖器官の欠陥か、その性的機能の欠如だが、女性の性的不能は先天のか後天的かの欠陥によるだけである。』¹⁷⁾ としている。いずれにしろ、判例上で性的不能が、個々の具体的諸事例によって形成されている¹⁸⁾。

(3) さて、判例上の性的不能における性交の意味についてみると、その指導的な役割を果たしているのは、1845年の D. v. A. の事例である。¹⁹⁾ 本件は、妻の生来の性的疾患 (malformation) によるもので、子宮が欠如しており、膣も2インチ程度しかなく、治療により治癒の可能性もない。いわゆる盲管 (cul-de-sac) といわれるものであった。それで夫はこの妻の性的不能による結婚無効の申立をしたものである。

ラシングトン博士 (Dr. Lushington) の判決によると、妊娠の単なる不能だけでは性的不能で無効とするには不十分であり、問題はこの女性の性交が可能かどうかであって、次に、現在不能でもその不能が除去されうるかどうかであるとし、性交の能力なしには結婚の主な二つの目的、即ち、乱交を防ぐ慾望の合法的充足と、神の摂理による子の出産が達成できないことをあげ、その性交の意味を次のように定義づけている。『性交は、その用語の本来の意味として通常の完全な交接 (ordinary and complete intercourse) である。それは部分的な不完全な交接 (partial and imperfect intercourse) を意味しないが、しかし、不完全なあらゆる程度のものがその本質的な性質を奪うというまでに言及することはできない。取り扱いの難かしい程度のものであるに違いない。しかし、もし殆んど自然でない程度に非常に不完全な場合、法律上の立場から言って全く交接でないと言ってはばからない。』²⁰⁾ と述べ、交接が不能なこのような嫌悪の状況下にある当事者を結婚の拘束におくことは、もっとも罪悪の一つである姦通 (adulterous intercourse) を防げないとしている。そして、次に子の出産に関係して妊娠不能としての性交と、ただ単なる性交不能と

を区別して次のように述べる。『惟うに、はっきりした区別は、その相違に存する。その女性が本来の交接 (vera copula)——妊娠の能力がなくとも自然の類の交接——が可能とされうる相当な程度の蓋然性があるならば、私はこの結婚を無効とすることができない。反対に、もし先天的に不完全で不自然な交接以上の可能性もなく、また、その可能性もえられないとすれば、その結婚は無効といえるであろう。²¹⁾』としている。

(4) 結婚が完成される性交とは、子の出産に関係して妊娠不能としての性交も、自然の類の交接となる相当程度の蓋然性をもつものであれば、本来の交接 (a vera copula) として通常の完全な交接 (normal and complete intercourse) に包摂され、結婚が完成されることにつながる。それが不可能だとすれば、先天的で不完全且つ不自然な交接、即ち部分的な不完全な交接 (partial and imcomplete coitus) ということになり、結婚が完成されない結果となるが、問題はその解釈にあることになる。キリスト教国としての結婚の目的から考えると、英国教会の祈祷書の結婚儀式上の形式にみられるように、第一に子の出産、第二に罪からの救済と姦淫の回避、第三に一方が他方にもつべき相互の交りと援助と慰安とされている。こうしたところから僧正裁判所 (Consistory Court) として、本判決では結婚の主要目的の二つを取り上げ、子の出産の目的は争点とされず、情慾による姦通を罪悪として、罪からの救済と姦淫の回避の目的から法律上のこの性交の意味が捉えられるのであろう²²⁾。

本件は女性の性的機能の欠陥に関して生じた性的不能であるが、男性側の性的機能はこの解釈を通して避妊方法を伴う性交に具体的に取り扱われる。(後述)

III 裁判上の推定による性的不能について

(1) 前述の肉体上の性的不能と判断される部分的な不完全な交接にまで全く至らない、夫婦としての同居生活があるが、性交を拒否する場合がある。しかし、1937年法の故意的拒否が制定されるまでは、単なる性交の故意的拒否だけでは性的不能として無効とされず、心理学上の意味における精神上の不能から生じた証拠としての推定が裁判上ひきだされた。これは、医学上の検診によっても外観上何等肉体上の欠陥がみられないか、または被告がその検診を拒んだ場合も通常の夫婦の同居生活から推定し、潜在的欠陥、その相手方に関しての不能 (impotency quoad hanc) でも裁判所により性的不能が推定される。こうした推定は結婚の完成が実際的に不能 (impracticability) ということにも判旨されている。次にそれらの事例を少しみておきたいと思う。

(2) 1853年の N—R against M—E の事例²³⁾は、結婚後2年6ヶ月間夫婦として同居しているにも拘らず結婚が完成されず、夫の性的不能による妻の無効申立てであった。本件では医学上の検診では当事者に異常はなく、ことの当然の成り行きとして夫婦共長期間の同居により結婚が完成される筈だが、妻の方は処女で性的能力が証明されており、その完成の不存在は、外観上あらわれない夫の性的不能に帰さねばならない。相当長期間の同居後の非完成²⁴⁾は、こうした場合当該の妻に対し当該の夫についての不能 (impotency

quoad hanc) が、相手方一般に対して普遍的な不能 (universal impotency) かに拘らず不能が推定されるとしている。

(3) 結婚の完成が実際的に不能 (impracticability of consummation) の事例は、1871年の G. v. G.²⁵⁾ にみられる。本件は結婚後2年10ヶ月間の同居生活があったが、妻の性交に対する嫌悪 (repugnance) により結婚の完成が実際的に不能とされた夫の無効申立であった。本件で2年10ヶ月の同居生活で結婚が完成されなかった事実は、一時的な障碍なら除去される十分な機会が与えられており、当初は神経質な状態が生ずることはあるが、これも時間の経過で消滅していく性格のものであるから、その同居期間での非完成は裁判所の到達すべき結論として、結婚の完成が実行不能で実際的に不治とみなす強力な根拠となるとし、『性交なくして結婚の目的、子の出産や結婚上の喜びと快楽は達成されえないことはしごく明白なことである。結婚の無効は、もしある性的欠陥から完成されえないとすれば疑う余地はないが、裁判所の推定の基礎は構造上の欠陥でなくて完成の非実際性である。だから、もし構造上の欠陥から生じていないとしても、事例自体が完成の実行不能を示すならば裁判所のその推定の根拠が生ずる。完成が不能なことが実際的でなければならぬ。もし夫が手段として正当化されない状態の下でのみ交接が可能であると示されうるとすれば、女性の方がひどく膠着して交接が肉体的に不可能であることを示すことは必ずしも必要でない。もし交接が実際上不可能であることが証明されるなら、あるいは、もし夫が強要できない措置、そして、妻が故意に、あるいは、ヒステリーの発作による行動であれ、従わないと決心する交接を可能にする措置が採られてはじめて交接が実際になることが証明されるとすれば、肉体的な欠陥がないことだけでは結婚を有効にしてしまうに充分ではない。』²⁶⁾ として、結婚の完成の非実際性を推定した。

(4) 1896年の F. v. P. の事例²⁷⁾ も夫の申立による妻の性的不能が推定された。裁判所の医学上の検診において、両当事者は肉体上の異常はなかったので、妻の性交拒否は故意的不法な拒否 (wilful and wrongful refusal) によるのではなく、神経性の、ヒステリーによるか、克服しがたい嫌悪から生ずるある種の不能が推定されている。

(5) こうしてみると、性的不能といえるのも純粹に肉体上の性的欠陥の場合もあり、精神上 (あるいは心理学上) の障碍の場合もある。両者が部分的に含まれ多分に交錯し合っている場合もあり、証拠による証明が難しく、従ってこうした裁判上の推定が生ずることになるし、推定理論の根拠に結婚の完成の非実際性 (impracticability of consummation of marriage) として判示されたりする²⁸⁾。

IV 性的不能の性交を通して見た故意的拒否について

(1) 1937年法の制定以前において、裁判所による推定による性的不能に対して1913年の Dickinson v. Dickinson の事例では、妻の故意的拒否をもって性的不能の推定をせず夫の無効申立を認めた。しかし1915年の Napier v. Napier の上訴²⁹⁾ でこの判決理由は覆えられている。この判決によると、推定理論によるかつての性的不能の3年間の同居には拘束

力なく、完成の蓋然性のある相当期間の同居でも、全く同居のない状態でもその性交拒否に推定理論が働いているし、医学上の検診も不治の性的欠陥が十分に証明されないなら、性的不能として無効にできないことも今日では変遷したことをあげている。こうした拡大された推定理論の性的不能では、無効判決後当事者は再婚し子を出産している事実がある。従って、それなら真正面から性交の故意的拒否をみて、被告の自発性の意思から判断した方が当を得ていることになる。今日の制定法上の故意的拒否の無効事由を示唆したものであつたらう。この判決では、被告の故意的拒否の精神状態を次の如く『故意的拒否の点は、私は偶然の様相による単に一時的による不本意とか、内気な結果や、感動的にか実際上の微妙な感情とか、辛抱強い忍耐や介護と労りによって除去され、治癒されうる無神経さを意味するのではなく、結婚契約が包含している諸責任を履行し、諸義務を遂行することを故意に、決定的且つ強固に拒否することを意味する³⁰⁾。』(204頁)と述べているのである。

(2) こうした裁判所の推定による性的不能から独立し、1937年法のsection 7(1) (a) に無効事由の一つとして故意的拒否の非完成が規定された³¹⁾が、この規定により一方の意思に反する避妊方法を伴う性交は、結婚の完成となるや否や問題とされた。それではこの人為的な避妊方法 (contraception) として妊娠不能にする手術をした場合はどうか、性的不能とならぬかをみてみよう。

1922年の L. v. L. の事例³²⁾であるが、本件は妻が結婚前に左右の子宮を切除する手術をしている。夫はその事実を知って結婚しているが、その手術により出産不能になったことを知らなかった。その後、夫は1年10ヶ月の軍隊生活に入り負傷して帰国するが、妻が同衾を拒否するので性的不能による結婚の非完成として無効の申立をした。

本件の判決では、妻の出産能力の不能は性的不能でないとする前述の D. v. A. の判決理由を支持して次の如く述べている。『完成する能力は、単なる挿入 (penetration) を意味するか。受精を生ぜしめる挿入を意味するか。脚註に引用された先例には、確かに結婚の本質となる子の出産について述べてあるが、問題は単に子の出産能力に言及しているのか。はたまた、通常妊娠が生ずる行為をする能力に言及しているかどうかである。もし D.v.A. のラシングトン博士の判決がなかったら、問題は非常に困難になっただろう。あの事例では被告は子宮がなく膣が非常に浅かった。もしベイフオード (Bayford) 氏の主張が正しいとすれば、あの事例で申立人の弁護士が、被告が子宮がなかったことを証明しさえすればことたりたであろうが、部分的な挿入 (partial penetration) の可能性は、救済を拒否する事由となるかどうかの問題がとことんまで審理された。そして、その決定は完全な挿入 (complete penetration) が不可能だとくだった。もしベイフオード氏の主張が正しいとすれば、そのすべての尋問は不要であつたらう。³³⁾』と。

この事例では、妻の性交に対する嫌悪があつたが、結婚後性交のあつたことを申立人は認めていた。しかし、性交によって女性側の妊娠能力なきものは、性的不能として結婚が完成されないとの主張であつた。本件は結婚前に人為的に妊娠不能状態を生ぜしめて

いるから、その点で先例である前述の D. v. A. の1845年当時かゝる手術があったと仮定し考えた場合、その審理も結果も異なっただけではないかが指摘される。

本件で前述の D. v. A. の判決における性交に関する“通常で完全な交接”(ordinary and complete intercourse)と“部分的で不完全な交接”(partial and imperfect intercourse)の意味を、“完全な挿入”(complete penetration)と、“部分的な挿入”(partial penetration)とに解釈し、結婚の完成能力(a capacity of consummation)として、単なる挿入か、受精を生ぜしめる挿入を意味するかを判示している。いずれにしる、女性の妊娠不能のみではその性的不能を認められず、作為的に受精との結果が生ずるか否かは別として、射精を含む意味においての十分な挿入があれば足りるとしている。(後述の避妊方法としての交接中断で問題とされる。)

(3) 上述の事例は、妻の性的機能の働きからみて、妊娠不能が先天的であろうと後天的であろうと、作為的な手術によっても、夫が完全な挿入が可能なら性的欠陥とならないとしている。そうなれば当事者に何等性的欠陥がないが、作為的な避妊方法を伴う性交の場合に結婚の完成としての性交といえるか。これは1937年法の無効事由として新たに故意的拒否による結婚の非完成が規定されて問題となった。次の1945年の Cowen v. Cowen の上訴審の判決では、故意的拒否による無効を認めたが、その後の1947年の Baxter v. Baxter の上告審の判決によって、留保された部分もあったが支持されなかった事例である。しかし、本事例が後者の判決で分析され、その踏台となっているのでその判決理由を探っておきたい。

(4) Cowen v. Cowen の事例³⁴⁾は、性的不能の性交を通して男性の性的機能の働きが問題とされ、女体内への精子の射精(emission of semen into the body of female)が完成の本質的要素であるか。その勃起(erection)、挿入(penetration)、そして射精(emission)まで含めて性交が完うされて結婚の完成といえるか。あるいは、十分な挿入が証明されればそれで完成ありとされるか。その申立の主張に『人間は、避妊用具を使用する工夫と慣行によって性的欠陥を創り出した。³⁵⁾』と言わしめている。

本件の事実関係は、1932年に当事者は結婚しペルシャに在住するが、当時現地での子の出産は危険を伴っていたので、性交は避妊方法によっていた。その後事情が好転したので妻は子の出産を願っていた。しかし、その妻の意思に反して夫は本来の性交を拒否しつづけたので、1945年に妻は、夫の故意的拒否による結婚の無効申立をした。本件で、初めはゴム用具が使用されたが物資の不足で手に入らなくなり、射精前の中断の慣行、あるいは、交接の中断(the practice of withdrawal before emission or coitus interruptus)が行われたものである。

本判決では、これまでいわれてきた結婚の完成の意味が、1937年法の制定法の意味する“完成する”(consummate)の意味と違っているのかどうかで、次の如く述べている。『1937年の結婚事件法では、その用語“完成”の定義をしていないし、議会がこれまで結婚事件

法を取り扱う裁判官によって用いられた意味に理解されると考えていた。1937年の法の通過前、結婚の完成かどうかの問題は、常に当事者の一方に性的欠陥があるかどうかの特別の問題に関係して生じた。それ故、通常その問題は、男性の性器による挿入によって完成されることができ、且つ、完成されたかどうかと言っても不思議はない。1937年前、女性の体内への射精が、結婚の完成に相当するそのような完全な挿入(complete penetration)を構成するために必要であるかどうかは、夫の生殖機関に何等かの欠陥によって、かゝる射精が不可能だとすれば生じたにすぎなかった³⁶。』と。そして次の当然の段階として結婚の主要目的の一つとしての子の出産のことが認められているが、男女の不妊は結婚の解消を意味しないし、初期の時代から不妊が治癒されることを証明することは不可能に近いし、不妊それ自体無効の十分な根拠とならず、それには、宗教的、社会的な性格から明らかな理由があったとしているが、前述の D. v. A. の事例の性交の意味から解釈して、次の如く述べる。『性交は、自然の到達点に達する前に夫が意図的に性交行為を中止する場合、あるいは、夫が技巧的に女性の体内に精子を注入する自然の達成を妨げる場合、性交が充分であるということができないと思う。もしそう判定しなかったら、結婚の主要目的の一つが、もしそうでないとしても、結婚が意図的に阻止されるような行為によって完成されることを肯定することになるだろう³⁷。』として意図的な子を出産を阻止する行為を含めて解釈し、もしかかる避妊方法での性交で結婚が完成するとすると、妻は避妊方法を伴わない意味での性交を望み、妊娠の機会を奪う方法での性交を拒否した場合、夫が妻のその故意的拒否をもって反対に無効申立をすると、妻は防訴できないことになるとの理論上の問題を提起している³⁸。

(5) さて、性交における男性側の性的機能の働きとして、結婚の完成には十分な挿入としての女性の体内への精子の射精がなければならないか。この避妊方法としての交接中断を巡って問題が展開されてくるが、前述の1922年の L. v. L. の事例では、女性側の結婚前の手術による妊娠不能は性的不能でないとする判決であったが、1947年の J. v. J. の上訴審では、反対に夫の結婚前の断種手術による妻の妊娠不能は夫の性的不能として妻の無効申立が認容された³⁹。しかし、この判決は後述の Baxter v. Baxter の上告審で支持されなかった。

この J. v. J. の事例は、夫は挿入と射精は可能であったが、結婚前に断種手術を行い妻はその手術を夫が希望していることを知っていたが、結婚前にしないことを約束していた。しかし、その約束を破って夫がその手術をしたことを結婚6週間前に妻は知ったが、婚約を破棄するに遅すぎたし夫から口止めされていた。妻は結婚後11年たって無効申立の可能なことを知り、夫の性的不能か、故意的拒否による結婚の非完成の択一的申立をしている。

この事例の一審では、夫の断種手術は故意的拒否の罪 (guilty of wilful refusal) に相当するものの、妻の結婚前の夫の手術を知って結婚し、無効申立を訴えるのは公の秩序 (public policy) に反するとして妻の申立を却下したので上訴したものであった。上訴審は、

前述の Cowen v. Cowen では夫が一時的に自分の行為によって女性の体内への精子を注入する当然の結果を妨げ、結婚を完成させなかったが、それと同じ結果を夫が永続的な断種手術によって生ぜしめている。両者共人為的な方法だが、後者は手術により自からの生殖機関に性的欠陥をもたらし完成を不能ならしめたことになる。それで第一審判決を破棄し、故意的拒否は考えられないとして性的不能を認容していた。

(6) さて、避妊方法を伴う性交について1937年法の故意的拒否による結婚の非完成にならないかの問題は、次の1947年の Baxter v. Baxter⁴⁰⁾ の上告審判決によって、前述の Cowen v. Cowen の交接中断 (coitus interruptus) は留保しつつも、一応終止符が打たれることになる。

この Baxter v. Baxter の事実関係は、1934年当事者は結婚している。その後10年間の同食生活がつづくが、妻の子の出産を嫌い避妊方法としてゴム性用具を用いることを夫に強い、本来の性交を拒否したので、妻の機嫌を損ねないため夫はそれに従い、妻の意思の変るのを願っていた。しかし、現状のまゝであった。そのうち1937年法が制定され、前述の Cowen v. Cowen で故意的拒否が認容されたことから、10年後に別居し妻の故意的拒否を事由に結婚の無効申立をした。

下級審では、結婚の完成があったかどうか、なかったとしたらそれが妻の故意的拒否によるのか。その二点に絞られたが、夫の10年間のかゝる同食生活の黙認 (acquiescence) は、その認識があったとして申立を却下したので、夫は上訴申立をしたものであった。

さて、この上院 (House of Lords) 判決では、10年間の黙認は夫が常に妻に不服を訴えていたから黙認していたことにならぬとし、妻の避妊方法以外の性交を拒否した証明となるが、結婚の完成が1937年法の意味する範囲内に認められる被告の故意的拒否による非完成かどうか未だ証明されていない。ここで Cowen v. Cowen の判決が正しいか否かの検討が必要であり、それが正しいとすれば本件と区別されない。Cowen v. Cowen の避妊方法による性交はどうであろうか。当初はゴム用具が用いられ、のちに交接の中断方法がとられている。この後者の問題について『射精前の中断、あるいは、交接の中断に対する見方である。この慣行は人工的避妊方法から区別するから、上院にはまだ事件として取り上げられていないし、この点に関しては意見を述べない方がよい。また、完成の問題に関して暴力や欺罔を使用することについての問題も、私は留保しておきたい⁴¹⁾。』と判示している。

性交が暴力とか欺罔により行われた場合、結婚の完成となるかどうか新たな問題を示唆している。それはさておき、Cowen v. Cowen を検討するにあたって三点をあげている。第一に用語としての "consummate" の意味、第二に子の出産の意味するもの、第三に、妊娠に関連した性交の意味についてである。

先ず、第一点としての "consummate" の用語の意味であるが、1937年法前の完成の意味は、男性の性的不能の場合に女性の体内への精子を射精する挿入行為で結婚の完成となる。この十分な挿入といえるためには、精子の射精がないと男性に性的欠陥ありとして不

能とならないかであった。この完成の意味について、今迄の教会裁判所の教会法による原理、原則⁴²⁾となる慣行に基づくものであって、この性的不能の場合は医学上の検診は執行命令 (mandatory order) によってなされるが、本件における1937年法の制定法上の故意的拒否による無効申立に、この執行命令の適用は否定的にみられる。この原則は、旧来の裁判権で性的不能の場合に適用される原則で、結婚当時に存在する性的不能による非完成の場合であり、Napier v. Napier の判決に述べられた結婚後に生じた事由には及ばない。上院で注目している特別の問題は、このような避妊方法がとられているならば、夫に性的能力があることが証明されることであり、弁護人のこのような避妊方法を伴う形式での不能とする事例がないからその引用ができないのは当然で、用語としての完成の意味も性的不能のそれと、故意的拒否のそれとの両者にまたがる共通領域のところは、ごくわずかであるとする。第二に結婚の主要目的としての子の出産についての主張であるが、結婚制度上から必ずしも結婚の主要の目的でないとしているし、Hyde v. Hyde の判決⁴³⁾でキリスト教婚による結婚の定義においても同じである。また、Weathery v. Weathery⁴⁴⁾ の判決で祈禱書の文言を文字通り厳格に信頼してはならないことを指摘している。キリスト教婚においても『もし子供が生まれるとすれば、その子供が一般にキリスト教界において了解されたとおりの家族に生まれるということ、そうしてその子供がキリスト教の信仰において育てられるということである。しかしこのことは、婚姻は子供が生まれなければ完成しないとか、子供の出産が婚姻の主たる目的であるということと同じではない。⁴⁵⁾』(286頁)と。そして夫の生殖不能も妻の不妊も関連性がない事実が認められるとしている。最後に子の出産との関連する性交の意味については、前述の D. v. A. の判例から妻の肉体上の欠陥が、不妊としてか、あるいは交接として治癒されえないかが問題であった。膣が欠陥といえない程度の普通の深さまで挿入が可能なら、全く子宮がなくとも自然的か人工的な方法によって膣が拡大され交接が可能なれば、ゴム用具を用いたときと同じ結果が考えられ無効とならないのではないか。その結果として前述の L. v. L. の判例 (前述154頁) は支持されるが、同じく前述の J. v. J. の (前述158頁) 判例は支持されなかった。

以上の三点を Cowen v. Cowen の事例を基礎に導き出しており、本判決の真の見解としてステア郷 (Lord Stair) の法律著書にあるとし、『それで女性が盛りをすぎたとしても結婚の合意が成り立つ故に、要求される子の出産に関しては結婚の合意はない。しかし、合意は同居の交りを生ぜしめ、精神面と同じく肉体面の結合をもつ、結婚制度の一般の目的は人間の慰安と満足にある⁴⁶⁾』ことを引用している。最後に避妊方法を伴う性交と結婚の完成についてはゴム用具の使用のほか、器具用の子宮栓や灌水の使用もあり、後者の二つの方法は、性交が完全に終わってから効果が生ずるし、また性交前に挿入し性交後に効果がある精子用錠剤形式によるベサリーの避妊なども、あるいは、一時的か永続的かの内服用避妊薬の場合も結婚の完成がないといえないし、偶々無意識的に性交過程でゴム用具から充溢した場合や、一回の性交時ゴム用具に亀裂があった場合に結婚が完成したことに

ならないか。そして子宮栓やゼリー状の避妊薬を挿入しても妊娠する場合のあることを指摘している。こうしたすべての避妊方法による性交時を設定し結婚の完成を考えると、一体結婚の完成とは何を意味するのか疑問が生じてくる。本件の判決が議会が裁判所に対して、この新しい故意的拒否事由に関連してこの種の審理を含ませる意図があったと考えることができないとして、次の如く判決を結んでいる。『この立法部において、議会は通常用語と現存する社会的状況に照らして理解されるように言語として“完成する”を用いている。そして、上訴により生じたこの問題を考えるにふさわしい適当な機会には、配偶者の性生活と子供のない家庭の一方か双方のどちらかの責任上、救済のためのある別の申立に根拠をおく見解を私はとる⁴⁷⁾。』として Cowen v. Cowen の判決を支持せず無効申立を却下している。

(7) さて、この Baxter v. Baxter の上院の判決を契機に、その後二つの異なる下級審の判決が生じている。いずれも交接中断の場合である。一方は Cowen v. Cowen の判決の拘束力に避妊方法として交接中断は Baxter v. Baxter の判決で否定されていないとして故意的拒否による無効を認めている。他方は、その反対に前者の判決の拘束力は、後者の判決によって全面的にその根拠が否定され、新たに自由に判断できるとし故意的拒否の無効申立を却下して、擇一的申立としての離婚事由を認めたものであった。

前者の無効申立を認めたのは、1948年の Grimes v. Grimes の事例である⁴⁸⁾。本件は、1946年に当事者は結婚しているが、その性交は子の出産を願う妻の意思に反して常に射精前の交接中断の方法が行われたので、妻は夫の故意的拒否による無効申立をした。

この判決では結婚の完成が成立するためには、女性の体内への射精が必要であるのが1937年前の先例で、その当時は故意的拒否による先例はなかったけれど、旧法上で男性が性交行為を履行できないことも、近時の立法下の性交の故意的拒否も同じ結果をもたらす点ではその原則に変わりはない。男性側の精子の射精を伴う男根の勃起と挿入 (erectio ac intromissio penis an emission semis)、これらの機能が男性になれば性的不能として結婚の非完成となる。だから男性側にこれらの機能が履行できないなら不能による非完成の主張の根拠となるとし、『もしこのことが真実だとすれば、それで新法下、男性がこれらの機能を履行できるのだけれども、もしその男性がその履行を故意に拒否するとすれば、正常で完全な性交を履行しないことになる。それ故、彼は結婚を完成しないという私の見解となるだろう⁴⁹⁾。』と。それで前述の D. v. A. の判決から『ラシングトン博士は、こゝで結婚の二つの目的を定めている。一つは子の出産だが、もう一つは他者との情慾とか乱交から離れた性慾を満足させる人間の合法的、正常な方法による提供である。』⁵⁰⁾と。その判決に述べられている性交の意味に適用するとすれば、妊娠の可能性はないが Baxter v. Baxter 事件では自然の類の交接に入り、交接中断は先天的、不完全で不自然な交接となるとし、『私がそれを理解するように、Baxter v. Baxter で述べられたことは、射精を含みその結果満足のある性交がすべての正常な要素をもつ場合、子の出産の可能性が残るために、人工的避妊がとられた事実は結婚の完成を妨げない。それは子の出産を妨げるか

も知れないが、今日通常人が自然で完全と受けとめる類の交接である。それ故、それは完全に相当する。』(328頁)とし、そのことが *Baxter v. Baxter* の言う普通の用語で社会状況に照らした完成の意味だとする。だからそれで交接の中断は、上記の完成の意味から自然で完全な交接といえるかといえ、引用してきた諸先例には女性の体内での射精がなければならなかったから、交接中断にはそれがない。中断のある交接がどうして完全であるといわれることができるか見究めることは至難である。前述の *L. v. L.* の事例は本件と事実は異なるが、正常な状態だったら子の出産の結果があろうし、そうした結果がありうる性交の通常の行為が行われている。いずれにしろ、交接は性的不能であろうと、故意的拒否であろうと等しく充分で自然の通常の要素をもつ交接でなければならぬと結論づけている。

(8) この判決の二日後、同じ交接の中断の事例で無効事由としての故意的拒否を認めなかったのが *White v. White* であった⁵¹⁾。本件は離婚事由との擇一的申立がなされ、その虐待 (cruelty) に該当するとして離婚が認められている。その事実関係は1937年に当事者は結婚するが、結婚後六ヶ月目にして初めて性交行為として交接中断があり、子の出産を希望する妻の意思に反し、その後も一、二ヶ月に一度位の交接の中断のみがあった。1943年以降妻は度々神経症状を伴い病院通いをしており、医師はこのまゝの状態では健康を害ねると忠告していた。しかし改善されなかったので1946年に別居し、1947年6月妻は夫の故意的拒否による結婚の非完成として無効申立をした。丁度 *Baxter v. Baxter* の上院判決があったので、1948年5月虐待による離婚申立を修正追加している。この事例では *Baxter v. Baxter* の判決のなかでの前述した *D. v. A.* の判決の解釈が問題であるとし、あの判決は性的不能の事例で不妊に関係しての不能と、単なる交接に関しての不能とで、後者の場合の不能や否やは交接が可能か否やの点にあったから、腔の拡張で交接の可能性が生ずる。*L. v. L.* の場合も子宮がなくとも男根による挿入が可能であった。この交接中断による避妊方法は専門医のマクレーン博士 (Dr. Mclean) の報告書によると、『多くの男性は、完全な性交に伴って生ずる本来の射精前にごく少量の精子の射精がある。だからこの当初の微量の射精によって妊娠が生ずる可能性が常にある。』(337頁) と言っており、交接中断の慣行は産児制限の手段として賛成しかねることをあげている。このことは、結婚の非完成として無効としたら結婚が無効なのに子の出産がある可能性もあり、奇妙な結果が生ずることにもなる。そこで肉体の結合 (conjunction of body), ラテン語の真の交接 (*vera copula*) の意味として『充分なる差込と挿入がみたされていることはこゝでは問題はない。妻のためにこの充分な差込と挿入のみならず、女性の体内への完全な行為がなければ器具上の避妊の使用有無に拘らず、交接がないということが考えられる。他方、充分な差込と挿入がみたされるや直ちにそれが文字通り真の結合を意味する。肉体の完全な結合、即ち交接があると論駁される。それに随伴するものは単に妊娠がありそうか、妊娠がないかに及ぶだけである。』(338頁) として後説の方が妥当性があり、*Baxter v. Baxter* の判決も

後説に従っていると思われるとしている。この種の事例としては、*Baxter v. Baxter* の判決が示唆した他の申立として離婚事由の虐待が遺棄であるとし、前者の事由で解消を認めている⁵²⁾。

(9) 次の1950年の *Cakett v. Cackett*⁵³⁾ の事例は、前述の *White v. White* の判決を支持し、交接の中断は、故意的拒否による結婚の非完成として無効にならないとしている。本件の事実関係は、1935年に当事者は結婚し、同食生活が1947年までつづいているが、その間の性交は妻の意思に反しての交接の中断のみで、交接の中断後射精が行われていた。結婚前健康であった妻もその後健康を害ねて別居し、この故意的拒否による結婚の無効申立と、虐待による離婚の択一的申立をした。

ここで自然的な完全な交接とはどういうものが問題であり、男性の場合、勃起、挿入と射精を意味するとの原告の主張であった。問題は何時、どの処で射精があるかをみるとは裁判上至難なことで、判決は交接の中断が故意的拒否となるとどの程度妊娠の可能性があるかが問題で、前述のマクレーン博士の報告書を引用し、そしてこの問題が若干重要性をもつかも知れないし、もたないかも知れないが、挿入の効果があり射精がある場合、妊娠の可能性のある以外は考えられない。この種の状況で結婚の完成がなかったと判決することは無理である。それで *Baxter v. Baxter* でどの程度 *Cowen v. Cowen* の判決が影響されているかみておかねばならないとする。当裁判官の見解では後者の判決の全体の根拠は、前者の上院判決で覆えされたとみている。

前述の *D. v. A.* の判決は、性的不能の申立で *Baxter v. Baxter* と *Cowen v. Cowen* は、性的不能と全く関係がない1937年法による故意的拒否の問題で結婚の完成を拒否する性的能力から離れての事由である。そこで正常な性交とはどういう場合を意味するか。『もし正常な形態の人間の間での正常な性交に相当するものをさらに定義しようとすれば、裁判所は不可能な状態におち入ると思われる。というのは、女性は、夫が完全な性交行為に失敗した場合、裁判所は射精がどの段階で行われたか。あるいはどの程度の満足が女性によってえられたか、確実に尋ねなければならないからだ。』(258頁) とし、性交行為の完全と不完全の行為の間に一線をひくことは難かしく、女性の身辺で射精があつて妊娠の可能性が生ずることにもなる。性的不能の場合の審理では、医学上の専門医の証言があり肉体上の欠陥の証拠が提出できるが、本件のように性的能力があつて避妊方法をとる場合審理がむづかしいとする。正確に正常な性交の開始と終了を定めるのは不可能で、規制する法律上の基準もないといっている。さて、男性の不能としては、生殖機関の欠陥と性交行為の欠如の二つがあり、法律上性交の本質的部分は女体内への射精であるのか争われるが、性的不能の先例として前述した *D. v. A.* の事例があり、性交における性的不能には挿入の可能性に対して、妊娠とその可能性は重要な要素と考えられないと言っている。前述した *G. v. G.* の判決での『性交なくして結婚の目的や、子の出産と結婚の喜びや快樂もない。』(260頁) といっているが、この弁護人の主張に対しては、結婚の喜びや快樂は性交とは別に考

えられるものであり、本件の場合には出産の可能性も全く欠如していないから、無効申立は認められないとし *White v. White* と同じく離婚事由として虐待を認容している。

(10) 以上は故意的拒否による結婚の非完成に関して、性的不能における性交を通してみた事例であったが、それと反対に、性的不能の性交に関して故意的拒否にみる性交を通して、その性交の解釈がなされている。1950年の *R. v. R.* の事例⁵⁴⁾であるが、その事実関係は1938年に当事者は結婚している。結婚後6ヶ月妻との同衾生活がつづくが、その間の性交も妻に対して夫は勃起も挿入も十分に可能であったが、全く射精に至らなかったし、性器の離脱後も勃起状態であった。1947年他の女性との性交関係をもつが、その場合には射精が可能であったので、夫はその妻に関しての性的不能 (*impotence quad hunc*) を事由に結婚の非完成の無効申立をしたものであった。そこで、結婚の完成となる性交として前述の *Baxter v. Baxter* の事例から、男性の性的機能としてその性交には射精まで含まれるかということ、避妊方法としての交接中断を取り上げている。前者の結婚の完成という意味については故意的拒否と性的不能という“完成する”の共通領域となる部分はごくわずかで、性的不能は結婚当時存在する事由で、故意的拒否は結婚後生じた事由であり、前者のみ教会裁判所以来の原則が適用されるのでその点両者は異なるとする。次に交接中断の慣行については、本件は性的不能の事例であって交接中断に関する判決は直接助けとならないとし、本件は教会裁判所法にのっとり、性的能力としての射精が必要かどうかを判定されるとする。それで次に結婚の目的からみると、第一に子の出産、第二に姦淫の回避があげられるが、子の出産に関しては、*Baxter v. Baxter* の判決にみるように結婚の目的と関連しない。それで結婚の完成となる性交の問題として医学上の検診から考察すると、*Baxter v. Baxter* の判決にあるように、本来の射精に脱漏の可能性があるし、避妊方法によって多少の射精が含まれる場合があるとし『それ故、私は結婚が完成されたと寺院法の法律家に確信を抱かせたであろう方法と程度によって、肉体的に結合した夫からか妻からであろうと、この二人が場合によって事実上結婚を完成させたかどうかを決定しなければならぬ。このような問題は結婚上のベットの中を綿密に調査解明し、当事者に比較的科学的な方法で証拠を与えることができる医学による進歩以前に、生じなかったであろう事実におそらくよるだろうけれども、私が決定せねばならぬ事柄に関して何の直接的な先例がないのは知識を駆り立たせる。』(1197頁)と述べ、教会裁判所でいう“*vera copula*”は現代の裁判上で解釈すれば、肉体の結合 (*conjunction of the bodies*) といえるとする。そして前述の *D. v. A.* の判決で真の交接 (*vera copula*) を解釈して、十分な勃起と挿入があれば結婚が完成するとしている⁵⁵⁾。本件でその妻に関しての性的不能の医学上の証拠があっても自分の見解には変りないとし、夫自身による性的不能の申立を却下している。

V 無効事由としての故意的拒否による結婚の非完成の当否について

(1) 以上でこれまで若干の判例から、故意的拒否の結婚の非完成を性的不能の性交を通して、故意的拒否のその完成の有無をみてきたが、立法論上ではどのように論ぜられて

いるであろうか。1937年法に立法化される以前の離婚と結婚上の諸事件 (Divorce and Matrimonial Causes) に関する1912年の王室委員会 (the Royal Commission) での報告をみてみよう⁵⁶⁾。この報告書では、今迄性交を故意的に拒否する場合、その拒否をもって不能から生じた証拠であると推定し無効としていた。しかし全く性交のない場合にもっともな理由もなく (without a reasonable cause) 性交を故意的に拒否するものとして、従来の間接的な推定方法によらず、直接にそれにより無効とすべきであるとしている。

この1937年法の故意的拒否の無効事由は、1952年の結婚事件法 (the Matrimonial Cause Act, 1952, section 8 (1)(a)) に受け継がれるが、次の1951年から1955年までの結婚離婚に関する (on Marriage and Divorce) 王室委員会の報告⁵⁷⁾ では、この無効事由として被告による故意的拒否による結婚の非完成は削除すべきとしている。この報告書によると、英国でもスコットランドでも結婚の完成の拒否は、心理学上からみてある打ち克ち難い嫌悪とか、完成を不能ならしめる嫌悪などの不能の証拠とするものであって、結婚当初から存在する非制定法上の無効事由 (a non-statutory ground of nullity) として存在している。故意的拒否は結婚を完成する能力があるが、任意的な意思による拒否であって、これを制定法上無効の一事由とすると、その任意的な意思による拒否は結婚後生じた事由だから、結婚当時存する事由とする無効法理に矛盾する。むしろ離婚事由とすべきでこれを無効事由とするのは、離婚における結婚当初3年間の離婚申立制限の例外とみられるもので、無効事由から削除すべきことを報告している⁵⁸⁾。

次に宗教界 (キリスト教会) からではどうであろうか。1949年の教会と結婚無効法に関する報告書 (the Report on the Church and the Law of Nullity of Marriage)⁵⁹⁾ によると、前述の1912年の王室委員会では結婚の完成の故意的拒否は他の相手方当事者とのかくされた不適応の結婚を示しているとされた。故意的拒否自体病的な錯乱 (pathological disturbance) によるものでなく、意思による合理的な行使 (rational exercise of volition) であるから、結婚後生じた事由で教会裁判所の法から全く遊離している。論理的に心理学上の不能から生じた拒否は、結婚儀式当時存する事由であるが同居に従う意思もなく何かの外部的な動機は結婚後生じた事由である。この事由を無効と認めることは離婚との本質的な区別がつかなくなるから、寺院法との間に論理上の矛盾があるとし、その削除を勧告している。

1964年の現代社会の離婚法 (A Divorce Law for Contemporary Society) の報告書⁶⁰⁾ では、前述した1912年の王室委員会では、他の当事者との隠された不適応の結婚とするのは結婚当時存する事由でなく、結婚後生じた事由だから無効から削除すべきこととしている。オーストラリア共和国の1959年の結婚事件法 (the Matrimonial Cause Act 1954, section 28(c)) では、他方の当事者の故意的、一方的な結婚の完成の拒否を離婚と規定したことをあげているが、文字通り離婚事由として整理するのではなくとも無効事由から削除すべきこと、そしてこの故意的拒否から不能の推論の根拠を裁判所に留保すべきことが重要だとし

ている。

さて、1971年の結婚無効法立法化の土台となった法務委員会第33号 (Law Commission No. 33) の報告書⁶¹⁾ではどうであろうか。結婚の無効に関係して取消しうる無効 (voidable) 事由は、離婚事由に吸収すべきとの立場に反対する者も、故意的拒否事由だけでは離婚事由とする実益があるとみている。前述の諸委員会の報告書も同じ見解で、この故意的拒否が結婚当時に存する障碍といえるかどうかで特に密接に離婚に関係しているとする。しかし、この報告書はその無効事由としての存続を認めている。その理由とするところは、第一に大部分の申立は性的不能と故意的拒否の択一的申立であり被告が性交が不能なのか、あるいは性交が可能だが望まないのか申立人にわからぬ場合、その故意的拒否を証拠とし無効事由の中で推論がひきだせるが、故意的拒否を離婚事由とすると、裁判所の見方によって無効か離婚かになるのは非現実的である。第二に当事者に関係する事実は、結婚の本質的目的の一つが全く完成していない完成の失敗 (failure to consummate) であるのに、その救済の性質が裁判所の判決によって無効であったり離婚であったりするの当事者にとって奇妙に感ずることになる。第三に無効と離婚で裁判権が異なり、1965年の結婚事件法第40条を除き無効の場合一方の当事者のみ英国に現住所地 (residence) があればよいが、離婚の場合は両当事者が永久住所地 (domicile) でなければ申立てられないから、本当の事由がわからず当事者が二者択一申立をする場合に、その選択ができなくなるし、離婚では結婚時から3年間はその申立が例外的窮状 (exceptional hardship) (現在の1973年結婚事件法 s. 3, (1), (2)) と認めない限りできないから、当事者にとって酷な結果が生ずるとしている。

(2) さて、この制定法上の無効事由としての故意的拒否が、判例上の性的不能と共に1971年の結婚無効法 (Nullity of Marriage Act) に規定され、1973年の結婚事件法 (the Matrimonial Cause Act) に離婚事由 (1969年の離婚改正法—The Divorce Reform Act—にあったもの) と共に、統合整理立法化されている。この1971年の結婚無効法でこの故意的拒否事由の存否に関して立法委員会では、その削除の修正動議が提出されている。1969年の離婚改正法が制定されたあとであったから、その離婚条項との関連で問題点が討議されているのでその点をおきたい。

下院の常設委員会 (Standing Committee C) の結婚無効法案 (Nullity of Marriage Bill) の審議録⁶²⁾では、最終的な投票の結果その削除反対に賛成が4、反対3で一票差にてその削除の修正動議が否決され、無効事由として故意的拒否の存続が認められている。その委員会討議での主な内容をまとめてみると、その削除論の立場は、結婚の非完成の大部分の事例は肉体的か、精神的かの障碍で性的不能として処理できるが、単に性交を拒否するのは結婚儀式後の事由として、当初から一方の相手方を単に遺棄 (desertion) するのであって、離婚上の虐待 (cruelty) か、新法 (1969年の離婚改正法) の下の“耐えがたい行状” (intolerable conduct) かに該当し、無効事由とするのは非論理的であり、その1937年法の

立法化は間違っているとのモートン委員会 (Morton Committee) の報告と同意見である。存続論の根拠となった前述の法務委員会第33号の報告に対しては、次の如く反論している。第一点の無効と離婚にまたがる裁判所の推論は非現実的であるということに対しては、他の事由においても双方にまたがる場合のあること、第二の当事者の訴訟上の予測が成り立たない場合のあることに対しては、当事者がどのような解決でも結婚が解消できれば問題でないこと。第三に裁判権に関しては、新法で現住所地 (residence) にも与えられること、第四の離婚申立の3年間の禁止期間も結婚当初の性の未経験や未熟による場合もあり、新法でこの3年内の裁判官の裁量権も緩和され行使されると考えられる。この3年間は当事者の相違点を調整し和解する合理的な十分な時間であり、裁判官の裁量で3年内の申立を許す考慮期間ともなり、解決の見込みのない場合、新法 section 2 (1)(b) の「申立人が被告と同居することを当然に無理なく期待されることができない。」(the petitioner cannot reasonably be expected to live with the respondent) とする離婚上の耐えがたい行状とするか、従来の虐待とすべきで無効事由とすべきでない。それではこの例外的窮状 (exceptional hardship) の判定はどうか。個々の裁量で異なると言っても他の法律規定と同じくそう異なるものでない。しかもこの原則の適用上もっとも柔軟な特別な解釈がとられ、例外的窮状でないとすれば、なんらかの窮状としてそれが社会的、心理学的なものか、純粋に3年間結婚にとどめておく特別の事由となるかどうかとも検討される。しかも、この結婚の非完成も医学上の助言から多少の考慮期間が必要とする場合がある。議会がこの3年を適当な期間とみても立法上短縮が考えられるのではないかとする。そしてこの「耐えがたい行状」(intolerable conduct) の条項について、避妊方法としての交接中断 (coitus interruptus) も、一方が性交を望みつも他方が拒否しつづけ3年近くなり離婚を嫌い、一、二度の性交で結婚の完成したとする場合や、その他の完全な性交といえない場合にも、本条項に該当するのではないか。もっとも困難なことは医学上の検診であって、妻の腔が正常や否やは診断がつくが、夫の側の勃起、射精等の能力があるかどうかの検診は不可能に近く、裁判官は不能の絶対的確信がもてない。それでその不能は一般的な不能でなく、その者に関して (quad hanc) の不能とし、その次に裁判官の寛容から故意的拒否事由にあたることとなる。だから、ただ一つの事由として性的不能のみであれば、申立人はそれだけを選ぶことになるのではないか。

これに対し無効事由として故意的拒否の存続論の立場からは、故意的拒否が結婚儀式後に生じた事由であるとする非論理性の指摘に対しては、そうした精神状態はすでに結婚前に存在したものであるとする。統計上の数字でみると、両者 (性的不能と故意的拒否) の択一的申立件数は、1968年が59パーセントで、1969年は55パーセントであり、判決上からみると、1968年は両者共356件で、1969年は性的不能が352件で、故意的拒否は389件で30件ばかり後者の故意的拒否事由が多い。しかしこの統計上の数字は現実性に乏しい場合がある³⁾。実務家の経験からみて申立人が本当の事由がわからない択一的申立をして、事

実審理の終りに裁判官の選択に任せているのが現状である。一般に申立は、結婚の非完成の主張があって、次にその非完成が故意的拒否による事由とし、次に不能による事由を主張し、さらにどちらかの事由が繰返されている。この性的不能も肉体上の不能と医学上の精神病的な不能の面があって、後者の場合不明確で当事者が意識的な性的嫌悪からか、性慾減退からの拒否か⁶⁴⁾、不能から生ずるノイローゼか、ヒステリー病状かで裁判官がどちらかを選択する結果となる。また、真相が隠されて遺棄の場合もある。その他、性的不能の無効と離婚との択一的二つの形式にすると申立が非現実的であり煩雑になる。裁判権の法律上の効果の相違も生じ、無効は結婚後すぐ申立が可能だが、離婚上では3年間の待機期間が問題となる。次に1969年の離婚改正法上の適用で何が例外的窮状 (exceptional hardship) で、何が例外的不行跡 (exceptional depravity) になるかは、裁判官個人の見解で左右され、法律的解释が不明確である。しかもその判断は聴聞されず、判例もなく上訴のときだけ知ることができるだけで、法律上の先例もない。実際上の考慮から個々の裁判官の判断傾向がみられる。それと離婚の3年間の待機期間は、結婚したくなくて結婚したのちに完成を拒否する者には意味はないし、当事者を和解に導くというが、ノイローゼとかヒステリー症状に改善の余地なきとき、通常人にとっては苦痛である。このヒステリー上の嫌悪のとき不能でないとする、裁判官は故意的拒否で無効とする場合があるから、不能申立との均衡上から無効事由としての故意的拒否の存在が必要であり、無効事由の代りに離婚事由とすると、離婚事由としての“耐えがたい行状” (intolerable conduct) はそれだけが証明要求されるのではなくその行状が被告と同居することを当然に無理なく期待されえないことも証明されなければならない。故意的拒否が同居がもっともとして期待される行状としてとられる場合があり、現行よりも不安定な状態が生ずるとしている。また、結婚の完成が全くないのに結婚とするのは、キリスト教国全般の結婚の完成の伝統に反するとする者もある。付け焼き刃的に法の改正は決して行われてはいけぬ。削除論は結婚儀式前後という純粋な論理上から主張するが、オーストラリアを除き、その他の普通法の諸国は故意的拒否を無効事由としており、しかも今日迄この規定による満足と便宜の状態が34年間もつづいているから、敢えて不安定な状態に変更すべきでないといっている。

上院の委員会審議はどうであろうか⁶⁵⁾。無効事由としての故意的拒否の削除論者は、無効事由は結婚当時存在するもので結婚儀式後生じた事由をもって無効事由にするのは論理性がない。この結婚無効法案では故意的事由という例外的な異常な (anomaly) 事由を永続的に認めることになるし、1969年離婚改正法の section 2 (1) (b) にも故意的拒否事由が存在し、矛盾することになる。⁶⁶⁾ それで結婚の完成の失敗 (failure to consummate) とか、耐えがたい状況とか、償い難い破滅となる十分な証拠にするようにする。結婚の非完成という点は西歐キリスト教国の旧寺院法や、ローマカトリック教会では、結婚の非完成なのに解消とされている判例もあるから、故意的拒否によるその非完成も離婚としてよいので

はないか。次に無効と離婚の法律上の救済の性質に関し、実務の経験から当事者に容易に説明がつくし、3年以内の離婚申立の制限もこのことに関し別の条項を設ければどうかとしている。この削除論には法律家や教会関係者も、上訴審離婚部の17人の裁判官も賛成していることをあげている。また故意的拒否を無効とするもう一つの弊害は、この事由を利用して英国国籍をえるため偽装結婚 (spurious marriage) をして結婚の完成を拒否し、取消しうる無効とする場合のあることを指摘している。

以上の諸見に対し存続論の立場は、1937年法前は故意的拒否は無効でも離婚事由でもなかった。裁判官は本当に不能と拒否と識別できず、性交拒否を不能の証拠として取り扱っていたから、この二つが混合していたことを示している。この二つを一つに含めるより分離して取り扱う方がよい。統計上では140件が不能と故意的拒否の択一的申立で、どちらも判明しないケースが多いし、故意的拒否を離婚にもっていくと、この択一申立で、不能が一般的なものか、あるいはその者に関しての不能か疑点のある場合にこの故意的拒否の主張が、3年間の申立制限によって妨訴されてしまう。削除論者のいう故意的拒否の無効規定の異常性については、結婚は同居にあらず合意にある (“consensus non cohabitatus fait matrimonium”) という事に拘らず、完成なければ本当の結婚がない現実性からして、夫婦の本質的要素としての精神状態を結婚当時にある事実には推定でき、この規定の34年間の効用には異常性がなかったことをあげている。離婚申立の結婚当初3年間の待機期間に対し別の条項を設けよということも、この審議は無効事由に関してで離婚事由の審議でなく、今さら立法上変更は不可能で法案の修正の保障もないし、廃案になってしまうかも知れない。また、結婚当初の3年内の離婚申立で例外的窮状 (exceptional hardship) と例外的不行跡 (exceptional depravity) も特定事例に対しての例外上のもので、すべての故意的拒否に裁判官は適用できないから、単に論理性から非難しても現存の法律で何等支障が生じていないのだからそれでよいといっている。結局、この削除論はこれ以上審議を続行し遅滞させないことで取り下げられている⁶⁷⁾。

VI むすび

(1) 以上おおざっぱに裁判上と立法過程上から、故意的拒否による結婚の非完成について一瞥してきたけれど、ここで以上の問題点をまとめてみると、先ず性的不能にいう結婚の完成の有無、そしてその完成となる性交はどの程度のものであったろうか。そしてそれが1937年法により生まれた制定法上の性交の故意的拒否における結婚の完成の有無とその意味内容において前者とは異なるのであろうか。制定法は何も定義されていないが、前述の二(3)で述べた D. v. A. の判決における性交の意味の解釈を巡り、Baxter v. Baxter の上院判決と下級審の諸事例を結婚の目的としているところにも多少ふれ立法論上の当否の面からもまとめておきたい。

(2) 1937年法のあとの判例として Cowen v. Cowen では、1937年法前のこの“完成の意味”は、当事者の一方の性的欠陥によるのが常で、通常は男性の性的機能の働きに問題

があり、この場合女体内への射精を含めた性器の完全な挿入 (complete penetration) にあるとしている。そして、前述の D. v. A. の判決による性交の意味を解釈して、射精前の交接の中断には結婚の主要目的の一つとして、あるいはそうでなくとも子の出産が意図的に妨げられるから、結婚の完成となる正常で完全な交接に入らぬとした (後の Baxter v. Baxter の上院判決でこの点支持されていない)。

Baxter v. Baxter の上院判決ではどうか。結婚の完成の意味として交接の中断や射精前の中断、そして暴力とか欺罔による交接の場合、結婚の完成として判断してよいかどうかの疑問点が留保されている (後の下級審の Grimes v. Grimes の判決では、その範囲では Cowen v. Cowen の判決の拘束力があると判断していた)。それで、前述の D. v. A. の判決による性交の意味の解釈では、1937年前の“結婚の完成”は性的不能の問題で、男性の性器の女体内への射精に必要な十分な挿入ができなければということから、女性の膣の拡張が可能ならばそれによって達成される。1937年法に規制する結婚の完成については、そのような避妊方法を伴う性交には性的能力があり、何等欠陥がないから教会裁判所以来の性的不能における原則の適用がない(判決では結婚後生じた事由とっている)。従って避妊方法による性交も、男性の性的機能として女体内への十分な挿入とその射精の阻止方法を考えての結婚の完成の有無をみて、それが人間の慰安と満足としての結婚の目的にかなったものと考えられているようである。しかし、このことは故意的拒否事由として結婚の完成有無を審理するというのではなく、また別の申立による救済を期待していた。

次の Grimes v. Grimes の下級審判決では、1937年法前の性的不能における先例は、男性側の性的機能として勃起と挿入そして射精を含み結婚の完成があるとみている。Baxter v. Baxter の判決では、避妊方法としてのゴム器具の使用は妊娠を妨げるが女体内での交接中の射精を含む結果その満足の性交にまで至る正常な要素をもつと言えるから、前述した D. v. A. の判決にいう性交の意味の解釈として、これは自然の類に入る交接となるが、交接中断には射精前に交接を中断するから女体内での射精がないことになり、結婚の完成とならない。この点で Baxter v. Baxter の判決は、Cowen v. Cowen の判決を否定していないと考えられている。

次の同じ下級審の判決である White v. White と Cackett v. Cackett では結婚の完成をどうみているか。White v. White の場合、前述の D. v. A. 判決による性交の意味の解釈から不妊に関係しての不能と、単に交接に関しての不能で、交接が可能か否かで不能が判定されるから、女性の膣の拡張により交接の可能性が生ずるし、前述の L. v. L. の事例での子宮の切除でも挿入が可能であることで、男性の性的機能への影響はないことになり、十分な差込と挿入が可能なら真の交接、即ち“肉体の結合” (conjunction of body) があることと解釈している。(後の R. v. R. も同じ用語を用いている)。しかし、性交による結婚の完成の法理論で、避妊方法を伴う性交は自然で完全な性交でないとして無効の判決をすると、子の出産が生じた場合には奇異に思われるという。(Clarke v. Clarke (1942)

2 All E. R. 540, *Dredge v. Dredge* (1946) 1 All E. R. 29 等は無効の判決で子の出産があった。)

次に *Cackett v. Cackett* では自然な完全な交接とは、男性の性的機能としてその射精の程度まで審理するとなると裁判上至難であり、結婚の完成がなかったと判定するのは無理であるとしている。前述の *D. v. A.* の判決と、*Cowen v. Cowen.* と *Baxter v. Baxter* の判決は異なり、前者は性的不能で後者は性的能力と関係なく1937年法にいう故意的拒否による結婚の非完成かの問題であるから、さらにここで正常な性交の意味を今迄の性的不能の性交の意味のはんちゅうから区別しようとしている。しかし正常な形態の人間の正常な性交という定義になると、その射精の程度や何時どの段階でとなると法律上の規制基準がない。その結果性交の意味としては、前述の *D. v. A.* の判決の解釈に戻っている。

最後の *R. v. R.* の事例ではどうだったか。男性の性機能としての完全な勃起と挿入は可能であったが、その妻に対する射精がなかった。*Baxter v. Baxter* では十分な挿入があって、そのうち射精の阻止方法と程度の有無で避妊方法を伴う性交による結婚の完成の有無の判断に問題があった。交接中断の下級審の判例では射精が切断されているが、いずれも男性の性的機能としてその能力のあるのが前提として、故意的拒否における結婚の完成有無の判断であって、性的不能による旧教会法に基づく性的能力からみた射精の有無の判断でない。両者が異なることを概念上区別している。しかし、今日の科学的医学的検査の裏づけから法律上の結婚の完成がより精密に考えられるのではないかとしていた。前述の *D. v. A.* の判決にあらわされた用語としての“真の交接” (*vera copula*) を現代の裁判上の用語として“肉体の結合” (*conjunction of bodies*) の概念で捉え、十分な勃起と挿入により結婚の完成があると解釈している。⁶⁸⁾

キリスト教会の立場ではどう捉えているであろうか。ローマカトリックでは自然の成り行きによる性交から考え、作為的な交接中断は、射精不能と同じく膣への射精を妨げる避妊だから無効とされている。そして不妊そのものは、それ自体では無効とされない。英国教会では結婚の合意に完成が含まれ、自然的方法による性交行為の履行として膣への勃起による挿入、射精まで含まれることになる。⁶⁹⁾ いずれはしる宗教上(キリスト教界)からでは、自然の摂理に反する避妊を伴う性交行為を当然に認めない傾向であろう。

結婚の目的からでは、子の出産、姦淫の回避と人間の慰安と満足等が判例上あらわれているが、いずれの事例も子の出産に関しての不妊は結婚の完成の妨げとならないとしている⁷⁰⁾。(ただ *Cowen v. Cowen* で結婚の主要目的の一つが意図的に阻止されると述べていたが、これはその後の *Baxter v. Baxter* の上告審で支持されていない)。

(2) 以上、判例上みてみると、結婚の完成として性的不能においても、男性の性的機能として勃起、挿入と射精まで含まれているが事実審理として明確にされにくいように思われる⁷¹⁾。それはそれとして上告審の判決である *Baxter v. Baxter* の判決では、この *Cowen v. Cowen* の判決が支持されなかったが、もし支持されたとすると、後者の判決にいう結婚の完成に射精まで必要とすれば、男性側の挿入があって尚且つ故意的拒否の証

明の可能性が残されるから、避妊方法を伴う性交毎にそれぞれの諸事実による完成非完成の事実審理は不可能でありそれにより結婚の有効、無効が決定されるのは不合理と思われる。というのは、さらに数年間避妊方法による性交のみしてきた夫婦はすべて結婚が非完成であり、当事者の一方に異議が生ずれば数年後に無効の訴えが可能になることになる⁷²⁾。しかし、*Baxter v. Baxter* の申立人は、この裁判による救済がない。別の申立といても単なる性交の拒否は、離婚事由としては、遺棄 (desertion) にも虐待 (cruelty) にもならない⁷³⁾。従ってその申立人が法律上救済されるとすれば何等かの方法が講じなければならない。

1948年にこのことが下院に取り上げられ、*Baxter v. Baxter* の上院判決に対し、この結婚の完成の定義は有害かつ公の秩序 (public policy) に反するのではないかということであったが、特別なケースとして今後裁判所の事件解決に任せることで立法的措置を講じないと答弁している⁷⁴⁾。オーストラリア共和国の *G. v. G.* の判決が指摘するように、英国で性交の故意的拒否が離婚事由でなく無効事由であるため奇妙な問題が生じ、議会がおそらく予測しなかった望ましくない結果の可能性が生じたとしている⁷⁵⁾。*Baxter v. Baxter* の判決で交接の中断については明確に述べていなかったから、上級審でその後 *Grimes v. Grimes* の判決に対し、*White v. White* と *Cackett v. Cackett* の判決で異なる結果が生じ、後者の判決は *Baxter v. Baxter* の示唆した別の角度から離婚申立で解決しているのは前述した通りである⁷⁶⁾。

(3) さて、以上述べてきたことをより根源的に立法論上の当否から無効事由としての故意的拒否をみると、*Baxter v. Baxter* の判例をピークにみた避妊方法を伴う性交は、結婚後生じた事由であり、当事者の一方の意思に反し避妊方法以外に性交を拒否するのは、性的能力に全く欠陥がなく結婚後生じた自発的な意思的要素をもった事由であった。*Baxter v. Baxter* の上院判決が他の申立による救済を示唆したように、そもそも無効の故意的拒否事由になじみにくい事実関係だったのでなかろうか。とはいえ、その判決が避妊におけるあらゆる場合を設定し、結婚の完成、非完成の問題を論述していた。確かに、無効としての故意的拒否は結婚後生じた事由であるからこの事実関係が俎上に上ったのであろう。その立法過程上での委員会で、無効としての故意的拒否事由の削除論者が、無効事由は結婚儀式当時から存在する事由だから、この故意的拒否事由の非論理性を正常でないと指摘していた。*Baxter v. Baxter* の判決が示唆した他の申立にその活路をみいだそうとしたのは、まさにその点 (結婚後に生じた事由) にあるのであろう。現在の1973年結婚事件法の離婚事由としてその section 1 に、“結婚が償い難い破滅になったこと” (that the marriage has broken down irretrievably) と規定され、少くとも虐待 (cruelty) の解釈として、『さらに社会学上の観点からの離婚改正法が生じて、故意的拒否が申立人が同居をつづけることが期待されえない、そのような耐え難い行状であることが現実化した⁷⁷⁾。』として適用されることが可能になったかも知れない。とはいえ、離婚申立の結婚当初三年の制

限⁷⁸⁾と、その例外として認められる例外的窮状 (exceptional hardship) と例外的不行跡 (exceptional depravity) の運用も、立法委員会での存続論者が示すようにその法律的解釈が不明確であり、その判断も聴聞されず先例もない。裁判官個人の判断傾向に左右される不安定な状態にもなる。

1937年法で初めて故意的拒否が無効事由として規定されたのは、理由なく性交を拒否する場合裁判上不能が推定される証拠となるものであったので、直接に故意的拒否の択一的申立が生じてくるのは、そういった精神面における諸原因が当事者にも裁判官にも不明な場合に裁判官の判断に任せた。その申立件数が示すようにそういった均衡上から実際的な効用があることになる⁷⁹⁾。しかし、こうしたケースの結婚の非完成の大部分が医学的助言と治療によって治癒が可能だったことも指摘されるのである⁸⁰⁾。

(4) 本稿で故意的拒否事由の規定による問題として、避妊方法を伴う性交の特殊な事情を取り上げて全体を論ずるのは当をえていないかも知れないが、ことは結婚の本質的要素を直截に把えていると思う。もしこの故意的拒否事由が制定法上無効事由として規定されていなかったら、避妊方法を伴う性交も人間は避妊方法を創り出したとする性的不能と判断しない限り、無効事由とはならず離婚としての問題であることを *Baxter v. Baxter* の判決は示唆しているとも考えられる。

現在1973年の結婚事件法の section 12 (a) に性的不能が規定され、section 12 (b) に故意的拒否が規定されているが、この前者の性交による結婚の完成は、むしろその客観的側面として性的不能 (incapacity) に属する面であり、その故意的拒否はかって性交を拒否する不能の推定の証拠であった至近距離上にあるとしても、当事者の意思にかゝる主観的側面とみられ、客観的側面としての性交による結婚の完成から一応分離して考えられていたのではなからうか⁸¹⁾。だからこの故意的拒否になじまぬ避妊方法を伴う性交が、従来の性的不能における性交の原則や解釈を通して論証されざるをえなかったと考えられる。しかし、何も両者の規定で結婚の完成と性交の意味内容が異なるというのではない。作為的な手術によりもたらされた性的能力の問題が、性的不能となるかどうかは別として、故意的拒否は肉体的に性的能力に欠陥がないということが前提であろうと思う。

この故意的拒否の無効事由は単独の規定として存在しなかったと思う。それは、やはり教会裁判所が結婚解消を嫌い無効の法理を発展させていったその背景の中で、性的不能という無効事由が伝統的な結婚の非完成の無効事由であるとしてきたからで、確かに姦淫の回避と罪への救済が性的不能によって達成されない場合それなりの理由がある。しかし、このことで結婚無効の原理が、結婚儀式当時すでに存在する障害でなければならないとする論理性が貫徹されて、この故意的拒否事由を結婚儀式後に生じた当事者の一方の自発的意思に基づく異質の事由だとして、無効事由から削除し、離婚事由とすべきであろうか。果してこの異端者としての故意的拒否事由の制定法の誕生は、歴史上の偶然の産物であったらうか⁸²⁾。今日歴然として40年以上の年月の中で制定法事由として存在し、それなりに結婚無

効事由としての実際的な効用を果してきている。無効法理の論理性を云々するならば、結婚が非完成である事実にその論理性をむけるべきであると思う。キリスト教会の結婚の論理と国家社会のいう結婚の論理との相違があるかも知れないが、国家社会の目的とする結婚制度を維持していこうとする立場からすれば、離婚申立を制限する法理とこの故意的拒否事由を無効から削除しようとする法理は、表裏一体をなしているようだ。前者はそのまま認めて、後者は削除しようとするのは妥当な解決ではなからうと思われる。そういう意味ではこの故意的事由が無効事由として存続したのは肯定できると思われる。しかし、無効（特に取消しうる無効—voidable—）と離婚の立法は、両者が相関連するものとしてそうした総合的な立法審議が今後必要と思える。ひるがえって、『性交なくして結婚の目的も、子の出産も結婚上の喜びや快樂もない⁸³⁾』としても、結婚の完成としての性交は可能でも、不妊の場合は無効とならないか。不妊が作為的な手術によった場合はどうであろうか⁸⁴⁾。結婚当事者も性交より子の出産を願って結婚する者もいる。今日医学の進歩で性交なくして人工授精によることも可能になったし、他人の腹を借用することができる。⁸⁵⁾ 反対に、妊娠を嫌う場合避妊による性交も可能である。そうしそみると、一方において国家社会のいう結婚制度があり、他方、当事者個人の合理的な意思に基づく性交があり、⁸⁶⁾ 子の出産は結婚の主要目的でないとするれば、そのような子の出産も国家社会が受容する限り可能である。結婚上の喜びや快樂もその本質は男女の交際と、その愛情そのものに存するし、子の出産もまたしかりであろう。現代社会の人間の社会意識に照らして出発点としての結婚の目的もその辺にあるように思われる。⁸⁷⁾ 最後は試論になったけれど、男女の私室の中での愛情の交換は人間の手によって処理できないかも知れないが、この結婚の目的が全能の神の御手からこぼれおちるとき、この無効事由としての故意的拒否も裁判官が手にする慈悲の計りとなっているのではなからうかと思うのである。⁸⁸⁾

(註)

- 1) 本稿も法律用語としての婚姻を結婚といいかえた。
- 2) incapacity も impotence も一応、性的不能と訳している。
- 3) section. 7. (a) には “that the marriage has not been consummated owing to the wilful refusal of the respondent to consummate the marriage.” と規定している。最初に提出された法案 (the Holford knight Bill) は1933年の section 5 (1) (a) に規定されていたものである。その後いずれも the Matrimonial Cause Act として1950年法の s. 8 (a) に、1965年の s. 9 (a)、そして1971年の結婚無効法 (Nullity of Marriage. Act) の s. 2. (6) に規定されていた。
- 4), 9) 判例法の性的不能は1971年結婚無効法の s. 2 (a) に初めて規定され、本文中の1973年の the Matrimonial Cause Act, s. 12 (a) に規定された。
- 5), 18) ここでお断りしておきたいことは、性的不能も故意的拒否も全般的に取り扱ったものでなく性的不能の判例については別稿で論述したい。
- 6) G. v. G (1952) V. L. R. 410 は、Cackett v. Cackett (1950) P. 253 (本文161頁) で、無効としての審理が至難で解明できないと判示したことを非難している (本文170頁)。

- 7) 1973年の結婚事件法 s. 16 に規定する。例えば配偶者一方の生活維持費、子の監護その他の権利義務があげられる。
- 8) Law Commission No. 33. para. 23, p. 11, S. M. Cretney, Principles of Family Law, p. 69, 75
- 10) Bromley, Family Law, 5 th ed. p. 83 従って一度でも性交があれば、離婚の問題となる。
- 11) S. M. Cretney, 前掲書 p. 27
- 12) 12世紀頃からイギリスの結婚法は、寺院法として固定化され夫婦が一体となった肉体的結合がすべての要素であり、その完成が本質的要因となっている。これに対し、一つは現在における夫婦 (Sponsalia per verba de prasenti) と、他の一つは未来における夫婦 (Sponsalia per verba de futuro) の場合である。前者は結婚の合意のみで有効な結婚となり、(consensus non concubitus facit matrimonium), 後者は、性交が行われた場合 (comixtio sexuum), 結婚の完成ということになる。その後理論上両者に差異がなくなっている。従って『今日でさえ使用されている技術用語として、我々が当をえた使い方として、未だ完成されない結婚は全く結婚でないという、より古い教義を想起させる』(Pollock & Maitland, the History of English Law, vol. 2. p. 368)。他に R. H. Helmholz, Marriage Litigation in Medieval England, p. 26 参照。
- 13) Bernard A. Siegle, A Commentary on the Code of Canon Law, Marriage Today, p. 115 による。
- 14), 15) the Church and the Law of Nullity of Marriage, in 1955, p. 30, 31, 註42)参照
- 16) ibid. p. 32.
- 17) Shelford, the Law of Marriage and Divorce in 1841, sect. 3, of Impotence, p. 202.
- 19) D—E. v. A—G. 1 Rob. Ecc. 280 p. 1039.
- 20), 21) ibid. p. 1045.
- 22) Weathery v. Weathery (1947) 1 All E. R. 563 の判決文によれば、『……婚姻の民事上の効果は、その宗教的効果と同一たりえないのである。』……『祈禱書に定められた婚姻についてのキリスト教の教義の考察にもとづいているのではなく、関係ある議会制定法の正しい解釈によってなされるべきものである。』(未延三次著 英米法の研究上「イギリス離婚法における遺棄の一問題」347頁の訳文による)。しかし、これは現在のイギリスの司法制度下の判例である。
- 23) N—R Falsely Called M—E against M—E. 2. Rob. Ecc. 623 (1853, p. 1435)。
- 24) この場合当事者の年齢も問題となるが本件の場合には夫は45才、妻は30才であった。夫婦の相当期間の同居として、性的不能の推定には三年間の同居 (triennial cohabitation) の一般原則は拘束力ない (Brigs v. Morgan (1820) 3 Phill. Ecc. 323)。各々の事例によってそれぞれ異なるとし、結婚の完成の十分な機会があればよいと判示している。
- 25) G. v. G. (1871) 2 P. D. 287
- 26) ibid. P. 291
- 27) F. v. P. (1896) 75 L. T. 192
- 28) 例えば, G. v. G. (1924) H. L. 349. その他の事例については省略している。
- 29) Napier v. Napier (1915) P. D. 187, 本判決に1875年の結婚事件法の section 22 によれば、今迄の教会裁判所にも受け継がれており, Dickinson v. Dikinson の判決が示す性交の拒否による無効判決は、結婚後生じた事由で、結婚当時に存する事由として性的不能の原則に反すると判示している。
- 30) (1913) P. D. 198, Horton v. Horton (1947) 2 All E. R. 871 に「正当な理由なく生じた決定的で明確な決意であり」、それは結婚の全歴から判断されるとしている。
- 31) Margaret Puxon, the Family and the Law, p. 59 に裁判上の性的不能の推定はこの規定でなくなったとしている。

- 32), 33) L. v. L. (1922) 38. T. L. R. 698
- 34) Cowen v. Cowen (1946) (C. A.) P. D. 36
- 35) ibid. p. 37
- 36) ibid. p. 39. p. 40
- 37) ibid. p. 40
- 38) この点に関する批判として、もしそうだとすれば故意的拒否の規定を、“A Marriage shall be voidable on the ground of the respondent’s wilful refusal to consummate the marriage.” としなければならぬとする (L. C. B. Gower, *Baxter v. Baxter in Perspective*, *Modern Law Review*, vol. 11 p. 184)。
- 39) J. v. J. (1947) (C. A.) p. 158
- 40) *Baxter v. Baxter* (1948) H. L. 278
- 41) ibid. p. 281. 註38)の前掲書で、暴力とか欺罔は心理的要素として表面的な合意があるが、暴力とか欺罔によって無効とされるので、完成というのは純粹に肉体上の事実として区別している。(同書184頁)。
- 42) 1857年の the Matrimonial Causes Act, s. 22. により否定されない限り、今迄の教会裁判所の原理原則の承継されており、それが1925年の the Supreme Court of Judicature Act, s. 32 によって受け継がれていると判示している (*Baxter v. Baxter* (1948) H. L. 285)。尙註14)参照
- 43) (1866) L. R. 1 P. & D. 130 前掲の the Church and the Law of Nullity of Marriage の報告書によれば、キリスト教婚についての結婚の定義は、他者を排除する一男一女の生涯の任意の結合と定義するだけで、その目的に子の出産には何もふれていないと批判している。(34頁)
- 44) (1947) 1 All E. R. 563.
- 45) 訳文は、註22) の未延三次著、前掲書、377頁 による。註38) L. C. B. Gower の前掲書はこの結婚の目的について論じている。(180, 181頁)
- 46) *Baxter v. Baxter* (1948) H. L. p. 289
- 47) ibid. p. 290
- 48) (1948). P. D. 323
- 49) ibid. p. 326
- 50) ibid. p. 327
- 51) (1948) P. D. 330
- 52) 離婚事由として、交接中断だけでは虐待と認められないが、本件の女性は通常的女性でなく、それにより健康を害する程神経質な性格であることがあげられている。
- 53) (1950) P. D. 253
- 54) (1952) 1 All E. R. 1194
- 55) Jackson, the Formation and Annulment of Marriage の著書にも、真の交接は勃起と挿入で成立するとの見解を判決から引用している (1198頁)。
- 56) Report of the Royal Commission (Gorell Barnes Commission) on Divorce and Matrimonial Causes (cd. 6478) para. 326, 327, 355
- 57) the Royal Commission (Morton Commission) on Marriage and Divorce, Report 1951-1955, (Comd. 9678) para. 88, 283
- 58) 結婚当初3年間の離婚申立制限は、1937年法の section I に初めて規定された。この事項に関しては立法委員会で故意的拒否の無効事由との関連で、両者の当否について議論がなされている。
- 59) Report of a Commission appointed by the Archbishop of Canterbury & York in 1949, Chapter v, sexual capacity and consummation, p. 31. 32.
- 60) Putting Asunder, para. 24, 25, 26, 83

- 61) para. 23, 24, 27
- 62) Parliamentary Debates, Wednesday, 17th Feb., 1971 col. 3~col. 28
- 63) 故意的拒否事由のなかに実質上の遺棄がかくされている場合もあることを指摘している(同上 col. 13)。
- 64) Potter v. Potter (1975) 5, Family Law 161 では、夫の故意的拒否か、性的不能による結婚無効を妻が申立たが、夫のその妻に対する性慾減退は故意的拒否にならないとしている事例である。
- 65) Parliamentary Debates, vol. 319, 122, April 1971
- 66) Parliamentary Debates, 11 May 1971, col. 937 に1939年と(v)とあるのは1969年と(b)の誤記と思う。ここの故意的拒否は、被告との同居が当然に期待されえないのと同じ意味らしい。
- 67) もし修正削除が承諾されると、法案のすべてが失われると脅かされたといっている(S. M. Cretney, Principle of Family Law, p. 74)。
- 68) これと反対に、G. v. G. (1952) V. L. R. の判決では、射精不能が証明されれば性的不能であり結婚は完成しないとしている。
- 69) the Church & the Law of Nullity of Marriage, in 1949, (前掲註59 p. 33)
- 70), 84) ibid. p. 33, 34, Law Commission No. 33. para. 33, 34, 35 で不妊が無効事由にならぬかその当否を論じている。
- 71) この点に関し、女体内外で射精を伴わぬ一時的な挿入だけでは、充分で完全な挿入といえないとする性的不能に関する判例がある(W. v. W. (1967) 3 All. E. R. 178)。
- 72) L. C. B. Gower, Modern Law Review, vol. 11, Baxter v. Baxter in Perspective, p. 185.
- 73), 76) ibid. p. 183, 188 以下、離婚上の遺棄に関しては註22)の未延三次著、前掲書に書かれている。前述の White v. White と, Cackett v. Cackett の事例では、離婚申立たのが結婚後10年たったから、結婚当初の三年の申立制限もなく、また、離婚としての虐待も、健康を著しく阻害していたことがあげられている。現在1973年の結婚事例法, S. 1 (1) で離婚事由は、“that the marriage has broken down irretrievably.” だけになっている。
- 74) Parliamentary Debates House of Commons, Oral Answer, 26 Jan. 1948, Matrimonial Cause Act, col. 653, 654
- 75) G. v. G. (1952), V. L. R. p. 410
- 77) Family Law, vol. 1, No. 6, November December, 1971, M. D. A. Freeman, Wilful Refusal to Consummate a Marriage—Divorce or Nullity? p. 165. 尙この当時(1971年)は Divorce Reform Act であった。
- 78) Family Law, vol. 4, No. 4. July, Aug., 1974, Mary Hayes, Restrictions on Petitions for Divorce within Three years of Marriage, p. 103~105 に離婚申立の制限を否定的に批判している。
- 79) 1976年では性的不能が140件、故意的拒否が494件、択一的申立が310件、1977年は性的不能が143件、故意的拒否が614件で、択一的申立が235件、1978年では、性的不能が170件で、故意的拒否が657件で、択一的申立は不明 (Judicial Statistics, Her Majesty's Stationery Office の統計による)。
- 80) Medicine Science and the Law, vol. 4, Margaret Puxon and Sylvia Dawkins, Non-Consummation of Marriage, p. 15, この事柄につき100件のうち68パーセントが治癒している (p. 20)。
- 81) 註38) L. C. B. Gower の前掲書184頁はそのような見解を述べている。
- 82) 註71) M. D. A. Freeman. 前掲書165頁、1937年法は、A. P. Herbert の提出により議会を通過しているが、彼が偶然の出会いで議員に立候補し当選しなかったら、この制定法が成立しなかったと述べている。A. P. Herbert, The Ayes Have it. (the story of the Marriage Bill) p. 3
- 83) G. v. G. (1871) 2 P. D. 291
- 84) Law Commission No. 33, para. 33 は、作為的な手術による場合を問題としている。

- 85) この事項に関し, Report of the Department Committee on Human Artificial Insemination (Scottish Home Dep.) July, 1960, (Comnd. 1105) の報告がある。日本でも人工授精について人見康子教授「人工授精と体外授精」(有斐閣現代家族法大系3,543頁) その他の論述がある。
- 86) 「講座家族3(弘文堂)」183頁に上野雅和教授の「市民的婚姻観の成立と展開」には合理主義的婚姻観が述べられている。
- 87) 社会学の E. W. Burges の表現する「制度から友愛へ」の家族理論の価値観念の変化が想起されると思う。
- 88) 註38) L. C. B. Gower, 前掲書『……我々が結婚のベット内の私事を発見したり, 顕示しようとすることは, 制定法で明らかにそう命ぜられている場合以外に望ましくない。』(182頁, 183頁), 註22)未延三次著, 前掲書374頁にもこの *Weathery v. Weathery* (1947) 1 All E. R. 563 の 556 頁の判決が引用されているが, 註6) と本文 (170頁) で述べた如く, 制定法の規定がある限り, 裁判所として審理しなければならない義務があることになる。

Non—Consummation of Marriage owing to the Wilful Refusal in English Law

—About the Wilful Refusal observed by the meaning
of the sexual intercourse on the Incapacity—

Shōtaro HAMURA

*Department of General Education
Okayama University of Science
1-1 Ridai—cho Okayama 700 Japan*

(Received September 29, 1980)

This main subject is based on the problem of Non-Consummation of Marriage owing to the Wilful Refusal which is deeply connected with the sexual intercourse on the Incapacity in English Reports. And also I looked it into the Reports on the Committee stages of Parliamentary Debates and other relative Reports from the view point of whether its having been a reasonable situation or not on the ground of the Nullity of Marriage.

What is the meaning of the Consummation of Marriage and the meaning of the sexual intercourse? What degree of sexual relationship is required on marriage?

It is an unmanageable and undesirable problem for us to reveal the bed-time of marriage bond.

After all I have come to one conclusion that the Wilful Refusal is now for its ground of nullity of marriage at the present stage.