

離婚実務マニュアル

第1 離婚法の基礎知識

1 離婚総論

(1) 離婚とは

婚姻（結婚）は、当事者が終生に渡り夫婦として同居し、協力し、助け合って共同生活を営むことを合意し、かつその旨を届け出ることにより、国家や社会からその関係を認められ、保証されるものです。

そして、この婚姻関係は、前述の条件からして、当事者の一方の死亡により当然解消されるものですが、その他にも、当事者が生存中にこの婚姻関係を解消するものが離婚となります。

離婚は、将来永続すると思われていた夫婦共同体を解体するものであるため、夫婦間の財産、夫婦間に生まれた子供への対応等、多くの複雑な問題を含むこととなります。

(2) 離婚制度の歴史的、社会的変遷

キリスト教の強い影響を受けている西欧諸国等では、離婚そのものを否定するところが多く存在していました。ところが、夫婦としての実体を失ったものをもそのまま維持し続けることは多くの問題を伴い、社会的影響も無視し得ないことから、現在では夫婦関係を解消する離婚を制度として認める方向になっています。

しかし、社会構成の基本となる夫婦関係の解消は、前述のように財産問題や子供の問題等に多くの複雑な関係を与えるもので、国家、社会にとっても重要な問題となります。

また、肉体的、経済的弱者である女性の保護といった観点からも、離婚に当っては当事者に任せ切ることに問題があります。

そのため、多くの国では、婚姻とは異なり、離婚については国家が何らかの形でチェックするといったことから、原則として裁判離婚のかたちを取っているところが多いようです。

(3) 日本の特性

日本の場合、社会的に男尊女卑の意識の強さからか、江戸時代までは男性からの離婚（三くだり半）しか認めず、明治以降になってようやく女性からの離婚要求も認められるようになったものです。

しかし、離婚そのものについては、社会的に寛容であったためか、当事者の意思を尊重し、特に国家がチェックを入れるといったことがなかったため、現在でも、当事者の合意と届け出だけで完了する協議離婚が認められており、その点に特異性があります。

しかし、この点については、前述の女性の社会的弱者性等の問題から、何らかの形で国家（裁判所等）のチェックが必要ではとの議論があり、民法改正がなされるようになれば、この協議離婚制度にも変化が生じる可能性があります。

2 離婚前の諸問題

(1) 婚姻費用分担請求

(イ) 民法第760条では、「夫婦は、その資産、収入、その他一切の事情を考慮して婚姻から生ずる費用を負担する」と規定し、夫婦間に婚姻費用分担の義務を求めています。

そして、通常の場合、夫の方の経済力が大きい乃至は夫だけに収入がある場合が多く、婚姻中は夫の収入を中心にし、夫婦及びその間の子供達の生計が維持されています。

ところが、夫婦関係がおかしくなって別居し、更には離婚に関する双方の意思の相違等から調停、裁判になる等してその別居状況が長期化し、かつ経済力のある側（通常は夫）が生活費を一切入れず、相手方及び相手方と生活を共にする子が著しく困窮するといった事態が生じる場合があります。

そこで、このような場合、経済的に弱い側（権利者）が経済力を有する側（義務者）に対し、民法第760条による婚姻費用の請求をなし得ると共に、義務者が応じなければ、婚姻費用分担請求調停、審判（家事審判法第9条第1項乙類3号）を申し立てることとなります。

そして、権利者が離婚をも求める場合は離婚調停と併せて費用分担請求の調停を、権利者側が離婚を求めない場合は費用分担請求の調停だけを申し立てているのが通常です。

(ロ) 婚姻費用分担額の算定方法について

婚姻費用の分担額については、夫婦が共に生活するための費用ということから、当然双方が同程度の生活水準を維持し得るだけのものを請求できることとなります。

そこで、分担額の算定に当たっては、双方の収入を認定し、双方の生活を維持するのに必要な額を算定し、その按分割合をもとに総収入から分担額を割り出すという考え方となります。

しかしながら現実には、給与所得者等、収入が明確な場合でも、税金や社会保険料等の必要費用のほかに、収入を得るための被服費、交際費等の職業費、住居費等の特別経費や、子供等に対する養育費の程度等について問題が多く、費用分担額についての認定に手間取る等の問題が起こります。

しかし、婚姻費用については、経済力のない側やその子供らにとっては生存に関

わる問題となるため、最近では、東京、大阪の裁判官が中心となって構成された研究会で、婚姻費用等の算定方式と算定表の提案が公表され（判タ第1111号第285頁 東京、大阪家庭裁判所ホームページ）、調停等でなされるより、簡易迅速な判断が裁判所より示されることが多くなっています。

(八)基礎となる収入の評価等について

婚姻費用分担請求の基礎となる双方の収入については、給与所得者等の収入額に大きな争いのない場合でも前述のように問題が多いのですが、自営業者等で十分な確定申告もなしていない者等の場合、基本となる収入額の決定すら困難となる場合が少なくありません。また、相手方によっては収入資料の提出を拒んだり、離婚調停申立前後に申告額を急激に減少させる等の操作をしたりなどといったことも生じます。

そこで、これらの場合は、厚生労働省が毎年総計を取っている「賃金センサス」等を利用して請求することが考えられます。

また、婚姻費用を請求する側についても、子供の養育のためや本人自身の病気等で就労能力が見込めない場合はともかくも、就労能力がありながら本人の全くの個人的都合で就労せず収入がない場合は、単純に権利者側収入をゼロとして算定されるとは限らず、場合によっては前記賃金センサスのパート収入程度は評価されることも考えておく必要があります。

尚、収入評価に関しては、この他にも、義務者に同棲中の女性が居る場合や親を扶養している場合、債務を負っている場合等につき、これらを特別経費として収入から控除すべきか等といった問題がありますが、夫婦、子供の生活維持の費用が優先されると考えられることから特別費用として認められない場合が多いようです。

しかし、いずれも微妙な問題を含んでおり、簡単には割り切れないものです。

(二)破綻原因と費用の軽減について

婚姻関係が破綻しているとまで言えない状況下では、当然、費用を分担すべき義務者は、自己と同程度の生活を維持し得るだけの費用を負う義務があります。

あるいは、破綻している場合で別居等が長期間（5年、10年単位の場合）に及ぶ場合は、たとえ義務者側に破綻の原因（不貞等）があったとしても、当然に前述のような義務を負うかどうかは問題となり、減額される場合があります。

また、双方に責任がある場合も同様の考え方で、分担費用が減額される可能性が

あります。

尚、請求をする権利者側に破綻原因（不貞等）がある場合は、子供の監護養育費用部分はともかくも、本人自身の生活維持費までは認めがたいと思われま

(ホ)始期・終期

婚姻費用の請求は、別居等により必要が生じた時から請求し得るという審判例や考え方があります。しかし、多くの裁判例では、具体的に請求をなした時以降の分が認められることとなっています。

また、婚姻費用の請求はいつまで認められるかといった問題もあります。

これについては、婚姻費用は夫婦の共同生活維持のための費用との考えから、請求権利者側から離婚調停や裁判等を申し立てる場合、その時点で完全に婚姻関係が破綻していることは明白であるため、費用負担は生じないのではとの考え方もないではありません。

しかし、実質上は「別居の解消または離婚に至るまで」として扱われており、調停、裁判等になっても、それらで離婚が成立するまでは請求が認められています。

また、離婚が認められず、又は求められず、別居状況だけが継続するような場合、全てが別居解消まで請求可能かは問題があります。

特に、婚姻費用の中に子供らの養育費部分が含まれている場合、子供の年齢等を考慮し、年数を切る等の処理がされる場合もあります。

(2)同居請求

民法は第752条で、「夫婦は同居し互いに協力し援助しなければならない」と規定し、同居義務を定めています。

そこで、別居している夫婦の一方から、この条文を根拠として同居を求める調停、審判の申立がなされる場合があります。

このような申立がなされるということは、少なくとも、片方には再び同居して生活しようという意思がないことが明らかな状況ということであり、申立自身、多分に感情的なものであったり相手方に対する嫌がらせの場合が多く、また、裁判所が審判にて同居命令を出したとしても強制力がないこと等から、審判では否定的な判断がなされる場合が多いのです。

しかし、結婚している以上は同居義務があることから同居命令を出す審判例もあり、また、別居の原因となった不貞行為等の原因がやんでいる場合等は、調停等を申し立て、

公正な第三者である調停委員が介入することでの冷静な話し合いの可能性も捨てきれず、そのような請求手続を考えてみることも一概に無駄とはいいきれません。

(3) DV法の保護命令

夫婦間の暴力事件等については、従来は単なる夫婦喧嘩としてしか捉えられず、「法は家庭に立ち入らず」等といったことをいい警察等もまともに取り上げてきませんでした。

しかし、家庭内での、通常、肉体的、経済的に力の弱い妻に対する異常な暴行等が社会問題化する中で、人権擁護、男女平等の実現に向けて、平成13年10月に「配偶者からの暴力の防止、及び被害者の保護に関する法律」(DV防止法)が施行されることとなったものです。

そして、同法第10条では、被害者からの申立により、裁判所は、既に暴行を働き、かつ更に生命又は身体に重大な危害を与えるおそれ大きい場合、一定期間の接近禁止や自宅からの退去を命じることができることとなりました。

この申立は、暴行等をなした相手方の住所地の地方裁判所(DV防止法第11条)に、書面でもって(同法第12条)なすことが求められ、また、相手方が立ち会う形での審尋等を経た上で(同法第14条)なされるものです。そして、この命令が出た場合、裁判所は被害者の住所地の警察本部に通知することとなっているため、相手方がこの命令を無視するような場合、警察等も、DV防止法違反だけでなく、その後の暴行等に対し一般刑事事件として動く可能性が大きいのです。

但し、このような命令にも従わない相手方に対しては、DV防止法だけでの対応では不十分で、離婚調停の早期申立や面会禁止の仮処分、住居の移動等による避難等、総合的判断での行動が必要となると思われます。

3 離婚の方法

離婚の方法としては、(1)協議離婚(民法第763条)、(2)調停離婚(家事審判法第21条)、(3)審判離婚(家事審判法第24条)、(4)裁判離婚(民法第770条)があります。

(1)協議離婚

夫婦が婚姻を解消(離婚)することを合意し、市区町村長に離婚届出書を出し受理されることにより成立するものを、協議離婚といいます。

結婚(婚姻)の裏返しの手続で認めるといった比較的自由的な制度を取っている国は、先にも述べた通り多くはありませんが、日本では離婚の大半がこの方法でなされています。

(イ)実質的要件

(a)離婚意思

婚姻関係を解消しようとする意思(離婚意思)がまず必要となります。

そして、この離婚意思については、夫婦として共同生活を維持することを完全に止めてしまうまでの意思を必要とするか(実体的意思法)、単に、離婚の届出をなす意思で足りるとするか(形式的意思法)との考え方の違いがあります。

この考え方の違いは、債権者等からの追及を逃れる等の意図からなされる仮装離婚の場合の有効、無効の判断に影響します。

現在の実判例では、法律上の婚姻を解消するため届出の意思があれば有効との判断に立っているようで、一応形式的意思法の立場といえます。

(b)離婚意思の合致

離婚意思は、離婚届出の時点で存在していることが必要となります。

そこで、一時の感情のもつれから一旦離婚届出書を作成したものの、相当期間放置された後、一方がその届出書を提出するといった場合、他方は届出時には離婚意思を失っている場合がままあります。この場合、届出書作成から届出まで数ヶ月といった長い期間があり、またその間、夫婦としての通常の生活が営まれていた等の事実が認められる場合は離婚が無効とされることがありますが、そのような認定ができない場合は、一方が意思を失ったと主張しただけでは離婚は有効として処理されます。

そのため、上記の事情で過去に離婚届出書を作成している等の場合は、役所の

戸籍係で「離婚届不受理申出」の手続をしておくべきでしょう。

尚、離婚届出書作成後、役所へ郵送手続をした場合に限り、役所に送達前に一方が死亡しても有効な離婚として扱われます（戸籍法第47条）。

(ロ)形式的要件

協議離婚は、離婚意思が合致した夫婦が市区町村役場に置かれている離婚届出用紙に必要事項を記載、押印し、それを上記役所に届け出て、戸籍係が中身を確認し受理した時点で成立します。尚、日本国内であればどこの役所においても受け付けられますが、本籍地以外では戸籍謄本が必要となります。

尚、戸籍係は離婚意思等の内容についてのチェックは一切なさず、届出書の形式チェックをするにすぎません。そのため、届出方法としては、本人出頭の必要はなく、郵送や第三者委託でも問題はなく、届出書については代書、代印も可能です。

(ハ)協議離婚の無効取消

協議離婚については、既に述べた通り離婚意思の合致が要件となるため、この意思が一方でも欠けた場合は無効となります。また、詐欺、強迫により離婚がなされた場合は取り消すことが可能です。

そして、これらの手続は、原則として家庭裁判所に「離婚無効確認」「離婚取消」請求の訴えを起こすこととなります（人事訴訟法第2条第1号、第4条）。

また、調停申立をなし、相手方が無効、取消について争わない場合は、合意に代わる審判でも可能です（家事審判法第23条第2項）。

離婚無効として認められる場合としては、一方が離婚届を偽造した場合や、前述のように相当以前に作成された離婚届出書を流用しての離婚の場合等が考えられます。

しかし、仮装離婚の場合は、前述の通り有効と解されています。

また、偽造等で届け出られた無効な離婚でも、相手方がそれを争わず、離婚を前提とする慰籍料請求等をなした場合は、追認したものとして有効に扱われることもあります。

(ニ)事実上の離婚

夫婦間で離婚意思が合致し、別居し、協力関係及び夫婦の関係が完全に消滅しているにも関わらず離婚届け出がなされていない状況を、事実上の離婚といいます。

この場合は法律上の離婚の効果は得られないため、財産分与の請求はなし得ませ

ん。しかし、一方が請求すれば、前述の婚姻費用分担請求がなし得ると共に同居請求も起こし得ます。また、一方が死亡した場合、相手方は法律上は配偶者として扱われるため、相続をすることにもなります。

(2) 調停離婚

夫婦間で離婚の協議がまとまらない場合、一方当事者から家庭裁判所に離婚調停の申立が可能となります。そこで離婚につき合意が成立し、裁判所に於いて調停調書が作成されれば、判決と同様の効果を持つこととなるため(家事審判法第21条)、調停調書をもって一方当事者が市区町村長に届け出ることにより離婚は成立します。

これを調停離婚といいます。

離婚は身分上の行為で代理ができないものと考えられているため、弁護士等に依頼している場合でも、離婚調停成立時点では夫婦双方の本人出席が必要となります。

また、この調停では、親権者指定、子の養育費、財産分与等の問題も併せて申し立てられる場合が多く、通常、成立する場合は、多くの場合これらの問題も一緒に解決することとなります。

(3) 審判離婚

調停手続の場で、双方が離婚については合意しているものの、財産分与や子供の養育費等について合意ができない場合や、他の合意条件が家事審判の基本理念に反する場合、更には離婚意思は明確であるにも関わらず病気等により裁判所への出頭が不可能で調停が不調となる場合、これら全てを訴訟手続にまわすことは、費用、時間等の関係でも無駄になりかねません。

そこで、このような場合、家事審判法第24条により、裁判所の判断で調停に代わる審判により離婚が認められる場合があり、これが審判離婚といわれるものです。

この場合、当事者が異議の申立を2週間以内にすれば審判の効力が失なわれ、訴訟手続で処理されることとなります(家事審判法第25条第1項、第2項)。

また、上記期間中に異議の申立がなければ、審判に判決と同様の効果が与えられるため(家事審判法第25条第3項)、審判書をもって市区町村長に届け出ることによって手続が完了することとなります。

(4) 裁判離婚

(イ) 調停前置主義

民法は第770条で、一定の原因がある場合に限り、協議離婚が成立しない場合

には訴訟を起こすことができ、裁判所は、理由が認められれば離婚の判決がなし得ることとなっており、これを裁判離婚といいます。

しかし、離婚等の家事事件は、性質上、訴訟での解決になじみにくい面があり、できる限り話し合いによる解決が望ましいとのことから、家事審判法第18条第1項により調停申立をするよう求められており、調停申立をすることなく訴訟を起こした場合は、裁判所は事件を調停にまわすこととなっています（同法第18条第2号）。

これを調停前置主義といい、離婚だけでなく、家事審判法第9条第1項乙類の事件とされる婚姻費用分担や財産分与、親権者指定等は調停を先にすることが求められています。

但し、相手方が所在不明であることが明白な場合や、一旦調停を申し立て家庭裁判所で話し合われたものの合意できず、申立を取り下げ、当初より調停が行われなかったとされるような場合は、調停をなさずとも訴訟の受付がされる場合があります（家事審判法第18条第2項但し書）。

(ロ) 手続法の特殊性

(a) 通常の民事事件（不法行為での損害賠償事件、貸金請求事件等）の訴えについては「民事訴訟法」の規定に従い処理されることとなり、裁判所も請求額等で簡易裁判所乃至は地方裁判所に振り分けられています。

しかし、離婚等の身分関係に関する訴えは「民事訴訟法」の特別法に当たる「人事訴訟法」の規定に従うこととなっており（同法第2条）、同法が平成15年7月16日（施行は平成16年4月1日）に全面改正されたことにより、訴えを取り扱う裁判所が地方裁判所から家庭裁判所に変更されています。

(b) 離婚訴訟等の場合、人事訴訟法第19条で一部民事訴訟法の規定を排除するため、欠席判決（民事訴訟法第159条）は認められず、相手方が不出頭でも証拠調べが必要となります。

また、職権で、当事者の主張しない事実についても調査したり（人事訴訟法第20条）、離婚の訴えと共に提起した親権者指定や財産分与請求等の付帯請求について、職権で家庭裁判所調査員に調査させたりすることができる（同法第33条）等の特殊な手続があります。

尚、平成15年の人事訴訟法の改正に伴い、従前であれば不可能であった訴訟

上の和解、請求認諾等の手続でも離婚がなし得ることとなっています（同法第37条）。

(八)離婚原因

民法は、第770条第1項で、離婚の訴えが起こせる原因としては、(a)不貞、(b)悪意の遺棄、(c)3年間の生死不明、(d)強度の精神病、(e)その他婚姻を継続しがたい事由、の5つのものに限定しています。

そして、(a)から(d)の原因は(e)の例示となっているものと考えられており、同法第770条第2項により、(a)から(d)までの原因について事実として認められる場合でも、裁判所の裁量で離婚が認められない場合があることには注意が必要です。

また、裁判では、(a)から(d)までの原因だけを主張し、裁判所がそれを否定した場合、同じ事実関係に基づき(e)を原因として別に訴えを起こすことは認められていません（人事訴訟法第25条第1項）。

そのため、訴訟を起こす場合は、(a)から(d)の原因の主張だけでなく(e)の主張もしておいたほうが良いといった問題もあります。

(a)不貞行為

配偶者以外の異性と性交渉を持つことが不貞行為と考えられています。そして、これはあくまで自由な意思のもとになされることに限られ、強姦の被害に遭った等という場合は不貞行為とはいえません。事実上の離婚後、一定期間経過した後の異性との性交渉は不貞とはならない場合があります。また、特定の異性とだけ性交渉を持つといった必要性はなく、多数と関係した場合も問題になり得ます。

不貞行為は、訴え提起時まで継続している必要はなく、過去の事実であっても問題となります。しかし、一方の不貞行為が止み、夫婦としてそれなりの平穏な日々が一定期間続いた後に、過去の不貞を蒸し返して請求することは認められない場合があります。

また、不貞行為は他の離婚原因に比べ重大な義務違反と考えられているため、配偶者側の問題のある生活態度等が引き金となり不貞に至ったような場合でも、不貞行為が認められれば、多くは離婚請求が認められます。そして、不貞に関する限りは、過去の判例はともかくも、最近では、前述の民法第770条第2項により、離婚の請求が認められないといった判断がなされることはほとんどありません。

(b) 悪意の遺棄

正当な理由もなく、婚姻の基本となる民法第752条の同居、協力、援助義務を行わない行為をいいます。

一方が家を出て、残された者の生活費等の面倒を一切見ずに相当期間放置したり、逆に相手方を家に入れずに放置したり、更には、一方が仕事の関係で転勤した場合に、他方に同居するよう求めても理由もなく拒む等といった場合はこれにあたります。

また、悪意とは、夫婦の共同生活を完全に止めてしまうといった積極的な意思をいい、ためにそれを裏付けるだけの外形が必要となります。そのため、家を出てしまった期間等も重要となりますが、状況如何では数ヶ月といった短期間の実績だけでもこれが認められる場合があります。

但し、この原因は評価に微妙なところもあるため、この悪意の遺棄の一本だけで主張するよりは、(e)の婚姻を継続しがたい事由の一つの状況として、他の問題と共に遺棄の事実をあげる方が認められやすい場合があるかと思われま

(c) 3年以上の生死不明

生死不明とは、単なる行方不明を言うのではなく、生きてるか死んでいるかを証明できない場合をいいます。

そのため、残った配偶者や親族に所在は告げないものの電話連絡があったり、知人がどこかで見かけたことがあるといった情報があるような場合は、全くこれに当たりません。戦争や震災等の特異な社会状況下以外では、立証等の関係でこれを単独の原因とすることは難しいと思われま

また、これを原因として離婚を認める判決が出て、その後、判決前に相手方が死亡していた事実が判明した場合は、判決があっても離婚は無効となります。

尚、民法第30条では、7年以上生死不明の場合、申立により失踪宣告がなされることとなり、その結果、死亡したものと見做されるため、これでも婚姻関係を終結させることができます。しかし、この場合、生存が判明し上記宣告が取り消されると、当然、婚姻関係が復活するため、長期の生死不明の証明が可能な場合は離婚訴訟を起こす方がよいと思われま

(d)回復見込みのない強度の精神病

民法が、一方配偶者の精神病を離婚原因の一つにあげているのは、婚姻の本質ともいえる相互協力義務（民法第752条）が充分になし得ないといったことによるものです。

そのため、単に一方がうつ病で治療を受けているというだけでは認められず、その精神病の症状が重篤で、精神面での夫婦としての協力状況が十分に維持できないといったことが重要となります。

また、精神病とは言いがたい薬物中毒症やヒステリー等の場合は、これを原因とするのではなく、程度によっては(e)の婚姻を維持しがたい事由として申し立てるべきでしょう。

尚、精神病を原因とする場合、相手方は基本的に自活力を失っている場合が多く、離婚すれば直ちに生活にも影響が生じること等から、民法第770条第2項を理由に認められないといった事例も見受けられます。

そこで、最近では、強度の精神病で離婚を認めざるを得ない場合も、申立をなす配偶者側が相手方の将来の生活、治療につき何らかの具体的方法（例えば、一定期間生活費、治療費を支給する等）を提示していることを条件に認めていく方向にあります。

しかし、これらの配慮もないまま訴えを起こすと、この原因については前述のように否定される場合も充分あることに注意すべきでしょう。

(e)その他婚姻を継続しがたい重大な事由

裁判所に於いて離婚が認められるものとして、先に述べた(a)から(d)までの典型的な原因のほかに、夫婦としての同居、相互協力援助（民法第752条）といった共同生活体を維持することが困難なまでに関係が破壊されているような場合にも認めるとされるのが、この「婚姻を継続しがたい」と言われるものです。

ところが、このような夫婦関係が「破綻」してしまったと判断される基準は、必ずしも明確、画一化したものはなく、双方の離婚に関する意思、態度、子供の有無、その年齢、信頼関係の破壊の程度、経済状況、身体状況、性格等一切の事情から総合的に検討、判断されるものです。

尚、その具体的なものとしては、長期の別居、離婚意思の強さ、精神病以外の重大な病気や身体的、精神的障害、一方の虐待、暴力、一方の家庭を無視した宗

教活動行為、性交不能・拒否、勤労意欲の欠如、多額の借金、親族との関係、性格の不一致等が考えられます。しかし、これらについては、単一のものだけで認められる場合は少なく、特に、離婚問題で一番多くあげられる性格の不一致だけでは婚姻を継続しがたい事由と認められることはなく、他の多くの要素と併せて認められるものであると考えておいた方がよいでしょう。

また、経済的に弱い側や未成熟の子供ら等に対する配慮から、夫婦関係が破綻していたとしても認められない場合が多いことにも注意しておく必要があります。

(二)有責配偶者からの離婚請求

民法第770条第1項第3乃至5号(先の離婚原因(c)(d)(e))の規定を見ると、基本的には、夫婦関係が破綻した場合は離婚が認められるとの破綻主義認識に立っているように見受けられます。

しかし、昭和62年9月2日の最高裁判所判決が出されるまでは、破綻の原因を作った側(不貞、悪意の遺棄、暴行等をなした側)からの離婚請求は、いかに夫婦間が破綻していようと信義誠実の原則からして認められないとして、請求が認められないこととなっていました。

そのため、夫が家を出て、別の女性と10年、20年と生活を続けその間に子供も生まれ、また、夫婦間の子供も成人に達し独立した生活を営むまでになっているにも関わらず、妻が一切離婚に応じないためそのままとなっているケースがあり、夫が死亡すれば、感情面も手伝って相続問題が著しく混乱するといったパターンが見かけられ、社会的にも問題とされました。

ところが、昭和62年の前記最高裁判所判決により、一定条件の下では有責配偶者からの離婚も認められることとなり、このような歪な夫婦関係の解消が一定条件で可能となっています。

そして、この判決では、離婚が認められる条件としては、長期間の別居という外形上からも明らかな夫婦関係の破壊、夫婦の間に未成熟の子がいないこと、更には、有責配偶者が残された配偶者に、離婚まで、更には離婚後も経済的な面での生活の安定を与えている状況にあること等を求めています。

尚、別居期間は概ね10年以上という考えがありますが、期間については必ずしも絶対的、画一的基準はありません。

そして、上記最高裁判所判決後は、実務の面でもこの基準によって処理されてい

と思われますが、有責配偶者からの離婚請求が全面的に認められたものではなく、基本は従前の考え方であり、前記条件にあてはまる場合のみ認められるものとの考え方が必要であると思われます。

4 離婚の効果

(1) 人格的效果

(イ) 離婚と氏

民法は第750条によって、婚姻した場合、夫婦はいずれか一方の氏を称することを求めています。

その結果、婚姻関係を解消する離婚に当たっては、民法第767条第1項によって、婚姻で氏を変更した者は婚姻前の氏に戻る（復氏）こととなり、これが原則となっています。

しかし、離婚届を出した日から3ヶ月以内であれば、復氏する側が婚姻中の氏をそのまま使用する旨届け出るだけで、婚姻中の氏を継続して使用できますこととなります（民法第767条第2項）。そして、多くの場合は、離婚届出をする際に、復氏する側が、復氏するか婚姻中の氏を継続するかを選択しています。

また、戸籍については、復氏する場合は婚姻前の戸籍に戻るのが原則で、継続する場合は自動的に新戸籍が作られます。

なお、親権者が復氏しても、子の氏は当然には変更されません。よって、子の氏も親権者と同一に変更するためには、親権者が家庭裁判所に子の氏の変更を申し立てる必要があります。

(ロ) 姻族関係終了

姻族とは、婚姻という人為的な行為の結果生じる配偶者の血族らのことをいい、民法第725条第3号では、三親等間までの姻族（配偶者の両親、祖父母、兄弟、その子ら）を親族として規定しており、これらの者とは互助義務（民法第730条）、扶養義務（民法第877条）等の関係が生じます。

そして、離婚はこの婚姻関係の解消行為であるため、民法第728条第1項により、離婚と共に自動的に姻族関係も終了することが定められています。

尚、配偶者死亡の場合も婚姻関係は終了しますが、この場合は姻族関係は自動的に終了せず、終了させたい場合はその旨の意思表示をする必要があると共に、市区町村長にその旨の届出をする必要があります（民法第728条第2項、戸籍法第96条）。

(2) 財産分与請求権

民法は第768条第1項で、離婚に伴う効果として、離婚した者の一方は相手方に対

し財産の分与を求めることができる旨定めています。

そして、この請求権には、婚姻中に協力して作り上げた財産の清算、離婚後の経済的に弱い立場の者の扶養、離婚原因を作った有責配偶者に対する慰謝料、といった三要素が考えられます。そして、ここでは、の問題を先に述べることとし、慰謝料請求権は別項目で取り上げることとします。

また、財産分与については、家事審判法第9条第1項乙類第5号の事件となるため、協議がまとまらない場合は調停、審判で処理が可能であると共に、人事訴訟法第32条により、離婚裁判の附帯処分として訴訟での解決も可能なものです。

(イ)財産関係の清算

婚姻中の夫婦の財産としては、婚姻前の各人の収入で得たものや相続によって得たもの等、名実共に一方が所有する財産（特有財産）のほかに、名実共に夫婦共有の財産や、名義は一方のものとなっているものの婚姻中の夫婦の協力で得た財産があります。

そして、清算の対象となるのは、あくまで前記のうち特有財産を除いたものとなります。

しかし、結婚後に購入した不動産等でも、購入資金の一部に結婚前の収入や遺産によるもの等が含まれることがあり、特有財産の排除についても難しい問題が生じることがあります。また、清算対象となる不動産については、住宅ローン等の債務が付いている場合があり、この債務も当然清算対象となることから、評価等が問題となります。

更には、近時の判例等では、近い将来に受け取る予定の退職金や将来の公的、私的年金類についても一応対象とする傾向があるため、これらの評価は難しく、離婚に当っては、子供の問題とこの財産関係の清算が最大の争点となることが多く見受けられます。

(ロ)扶養

財産分与としては、財産関係の清算のほかに、病気、高齢等で経済的自立が難しい場合の離婚後の各配偶者の扶養の面から、財産分与が認められる場合があります。

これは、財産の清算や慰謝料だけでは経済的弱者の側の配偶者の生活維持が困難な場合に補充的になされており、全ての離婚に伴う経済的清算について問題となるものではありません。

そして、扶養分としての財産分与が考慮される具体例としては、高齢、病気、未成熟の子供の監護等で、そもそも、一方配偶者が自立して収入を得ることが困難な場合や、離婚後の自立をするまでの一定期間の援助等といった場合に認められているようですが、働く能力、環境があるにも関わらず、経済的に全く自立しようとしないうような者にまでは考慮されないこととなります。

また、いつまでの扶養を考える必要があるかといった点では、高齢や難治性の病気の場合は死亡までとなり、子供の監護の場合は子供の手が離れるまで等、一定の期限が考慮されます。

そこで、これらを考慮し、一時金で処理するのか、場合によっては養育費等の場合のように月払い、年払いでの解決が考えられることとなり、画一的な基準等はないものと思われます。

(八)財産分与額の認定と実現

財産関係の清算としての分与に関しては、まず基礎となる各財産の評価が問題となり、不動産等、最悪の場合は鑑定等が可能なものとはともかくも、近い将来の退職金や年金等が要求対象となると、全体の中で何らかの解決をしていくしかない場合が生じるものと思われます。

また、分与額の認定の基礎となる割合については、以前は、専業主婦の場合は3分の1、共稼ぎや家業手伝いの場合は2分の1といった考え方がされた時期もあったようですが、現実には、実務上、原則平等として扱われており、配偶者の職業の有無等では変わらない扱いのようです。

但し、一方が医師等の資格、能力の結果大きく財産を形成したといった場合は、上記原則は必ずしも適用されず、能力等を個別に考慮して寄与割合が認められることとなります。

財産分与額等は、通常、協議離婚の際は併せて話し合われ解決する 경우가多く、この場合は、後日の紛争防止のため、必ず分与に関する契約書が作成されることが望ましいものです。

しかし、離婚そのものは協議が調っても財産分与等の合意がなされない場合や、離婚そのものも合意できない場合は、財産分与については、家事審判法第9条乙類第5号、同法第18条により、家庭裁判所に調停申立をなし解決を図ることとなります。

そして、調停が調わない場合は、離婚が既に成立している場合には審判の申立を、離婚も未処理の場合は、離婚の訴えと共に財産分与の訴訟を起こせることとなります（人事訴訟法第32条）。

いずれにしても、最終的には裁判所が「一切の事情」を考慮して認定してくれるものです。

(二)除斥期間

財産分与請求権については、民法第768条第2項但し書により、離婚の時から2年以内に請求をしなければ請求できなくなると決められています。

離婚請求と共に財産分与を調停、裁判等で請求し解決している場合は問題ありませんが、先に協議離婚や調停離婚だけを成立させ、財産分与を放置していると、離婚後2年で請求し得なくなることに注意が必要です。

また、協議や審判、判決等で具体的財産分与が確定している場合は、その具体的請求権（金銭や不動産引渡し等）は一般の債権と考えられ、確定後10年間は消滅時効にかからないため、相手方が履行しない場合は請求できます。

(ホ)税法上の問題

財産分与の協議、審判等で財産を取得する場合、取得する側は贈与税等の心配はいりません。

但し、財産分与に名を借りて正常な分与額以上のものを得る場合は、贈与とみなされる危険があるため、注意が必要です。

また、後に述べる慰謝料については、財産分与の一部と見るか不法行為と見るかの問題はありますが、不法行為と見られても、個人間の処理として非課税対象の所得となるのではと思われます。

次に、財産を分与する側についてですが、現金で分与される場合は課税されませんが、不動産を分与する場合、その不動産取得時期より分与時の方が価格が上昇している場合、その価格上昇部分について譲渡所得税が課税されるという問題が発生するため、気を付ける必要があります。

共同で形成した財産の清算で、対価性を有していないことからして、このようなところで譲渡税が課税されることには、一般常識からすると納得しがたい面もありますが、税務署のこの判断は最高裁判所の判例（昭和50年5月27日判決）でも是認されているため、財産分与の協議をする際には十分な注意が必要と思われます。

(3)慰謝料請求権

(イ)財産分与との関係

配偶者の有責行為（不貞、暴行等）の結果離婚せざるを得なくなった場合、慰謝料請求が認められます。

そして、民法第768条第3項では、「その他一切の事情」の中にこの有責行為も含まれると考え、広い意味での財産分与の一つと考えられます。

しかしながら、一方、有責配偶者に対する慰謝料請求は、有責行為に伴う精神的損害等に対する損賠賠償に当たることから不法行為と考え、判例等では、財産分与の協議等が調っていても、それで有責行為についてまでまかなえない場合は別途慰謝料請求が認められる、としています。

また、財産分与は前述の除斥期間で2年間しか請求し得ませんが、慰謝料については、不法行為のため3年間は消滅時効にはかかりません。但し、時効の起算点は、離婚の時ではなく有責行為の事実を知った時からで、この点は気を付けておく必要があります。

また、請求手続についても、財産分与は調停不調後は家庭裁判所の審判となりますが、慰謝料については、離婚と完全に別になす場合は、調停をなさず当初から地方裁判所に訴訟を起こすことも可能です。

(ロ)慰謝料額

有責行為としては、不貞行為、悪意の遺棄、暴力、援助協力義務違反、性交渉拒否等があげられますが、行為のパターンで慰謝料額が決まることはなく、双方に有責行為があれば、その程度、婚姻期間、子供の有無、経済状況等あらゆる要素により認定されます。

慰謝料額については、別に法令や裁判所等で具体的基準が定められているものではなく、また、常時、判例等の収集、分析がなされているわけではないものの、実務上の感覚からすれば平均して200万円前後で、婚姻期間が1年程度までの短いものであったり有責性の程度が低いとかであった場合、100万円以下の場合も充分あり得ます。また一方、純粹に慰謝料だけでの評価では最高500万円程度までではないかと思われれます。

また、双方に有責行為があり、どちらもどちらというような場合は請求が拒否さ

れる裁判例もあり、双方に問題があると、その程度の問題が生じるようです。

(八)不貞行為の相手方に対する請求

不貞行為は、その結果、他方の配偶者に多大な精神的苦痛を与え、家庭の平穩を侵害しているもので、有責行為の類別の中でも一番責任追及が厳しいものと思われます。

そして、相手方である第三者が、結婚している事実をまったく知らず、かつ知らないことに過失がない場合以外は、いずれの側から交渉を持ちかけたか等といったことは関係なく、家庭の平穩を乱したものとして民法第709条の不法行為責任を有することとなります。

また、この不法行為は、不貞行為の結果夫婦が離婚しなくても成立しうるものであることには注意が必要です。

一方、夫婦の関係が完全に破綻し、長期に渡り別居状態が続いているような場合は、結婚をしている事実を知って付き合ったとしても、不貞行為による慰謝料支払いの責任を負わない場合もあります。

尚、この場合の認められる慰謝料としては、多くが100万円から300万円程度と思われますが、離婚に伴う夫婦間での慰謝料額が高額な場合は慰謝料自身が否定される場合もあり、また、不貞に至る経緯が配偶者側の主導で、第三者の立場からして不貞に至る経緯がやむを得ない場合等では、50万円程度の低額の慰謝料例もあるようです。

夫婦の問題に関連し、第三者に慰謝料を請求するといった問題だけに、内容、程度等により評価に微妙な面があることには気を付ける必要があると思われます。

(4)子の扱い

(イ)親権、監護権

(a)親権

親が未成年の子に対して有する身分上及び財産上の養育保護を内容とした権利義務のことをいい、婚姻中は夫婦が共同して行うことが求められています(民法第818条第3項)。

しかし、夫婦が離婚した場合は共同で行うことが無理であるため、民法第819条第1項により、協議離婚の際に父母いずれかを親権者に指定することが求められています。そして、裁判離婚の場合は、離婚を認める際の裁判所が親権者の

決定もなすこととなっています（民法第819条第2項第5号）。尚、この場合、子が満15歳以上の場合は必ず子の意見を裁判所が聞いた上で決めることが求められています（人事訴訟法第32条第4項、家事審判規則第54条、第70条）。

(b) 監護権

親権のうち、子の身分上の養育保護（子の教育義務）に関する部分の親の権利義務を監護権といいます。そして、これについては、民法第766条第1項により、離婚の際に協議することとなっています。しかし、通常は、親権の一部に当るため、親権者の選定がなされれば自動的に決まることとなります。

(c) 親権、監護権の分属

前述のように、監護権は親権の一部となるため、通常は夫婦いずれかの側に帰属するものです。しかし、民法第766条で監護権を決めることができるとの規定がなされていることから、親権と監護権を分離し、別々に有することも可能となります。

そして現に、離婚協議の際、子をいずれが取るかで争いとなる場合も少なくないため、その妥協的解決方法として、親権と監護権を割り振って処理される場合もあります。しかし、この処理は、少なくとも子の養育に対する考え方について夫婦に共通の認識等がある場合に限られ、安易に分属させることは将来紛争の種となる可能性もあるため、十分な注意が必要となります。

(d) 親権者等の選定基準

親権は、そもそも子の正常な成長のための養育保護のためにあるもので、そのため、基本的には子の利益のためにはいずれが親権者となる方が良いか、との判断で決められるものです。

その具体的基準としては、双方の経済状況、住環境、子に対する愛情、親の肉体的・精神的健全性、子の年齢、環境の継続性、子の安全等があり、これらを総合的に判断することとなります。

そして、離婚に至るまで調停、裁判等で期間を要した場合、その時点で監護している側が適当とされる場合が多く、また、未熟な幼児、児童の場合、母親の愛情が必要であるとして、母親側が適当とされる場合が多いのです。

しかし、前述のように、満15歳以上は法律上子の意見を確認する必要が定められており、また15歳以下でも10歳程度からは本人の意見を尊重する必要が

あると考えられ、必ずしも母親側が適当と判断されるとは限りません。

また、子が2人以上の複数の場合、子の成長を考え、兄弟は分離することなく一方で監護すべきであるとされるのが一般的です。但し、経済事情、住環境、子の年齢の面等から、兄弟の分離が認められる場合もあります。

(e)親権者等の変更

民法では、一度決まった親権者を他方に変更することができる（民法第819条第6項）とされています。

そして、この場合は、親権者選定の時とは異なり、双方の届出ではできず、必ず家庭裁判所の審判、調停によらなければならないこととなっています（家事審判法第9条第1項乙類第7号、第17条）。

これは、親権が子の成人に達するまでの相当長期間に及ぶことが予想され、その間、双方の病気等の身体状況や経済状況等を含めた生活状況が著しく変化している場合があるためであり、そのまま放置すれば子の不利益になると考えられる時は、他方の親だけでなく、子の親族からも申し立てができることとなっています。

また、離婚後、親権者となった者が死亡した場合、民法第838条第1号では後見が開始されることとなりますが、他方の親が健全で子の養育保護を行うことに問題がない場合は、親権者変更の手続も可能と考えられています。

(ロ)子の引渡請求

別居中又は離婚した夫婦間において、一方の元に居る子を他方が引き渡すように求める事案があります。

監護権者が行う場合は、民法第766条を基礎にして、家事審判法第9条第1項乙類第4号の関係で、調停、審判、及びそれに関連する調停前の仮の処分（家事審判規則第133条第1項）や審判前の保全処分（家事審判法第15条の3）等でなし得ますが、その他にも、人身保護法に基づく引渡し請求も考えられます。

そして、従前は、子の引渡しについて、迅速性、実効性の面で優れているとして人身保護法での請求が多く見られましたが、同法は本来、不当、違法に人の自由が奪われている場合の救済を目的としたもので、夫婦、親子といった家庭に関連するものを目的としたものではありません。

そこで、現在では、家事事件審判手続に於いても前述のように保全手続が制度化

され、かつこれらの手続で調査官等の調査も充分活用した判断がなされることから、子の引渡し請求に人身保護法を適用するのは、子の拘束が虐待等違法性の高いことが明白なものに限り、通常の引渡し請求は審判手続で処理する方が望ましいと思われれます。

子の引渡し請求は、別居中の夫婦の間で一方が監護権者指定の申立をなしそれと併せて行う場合、離婚等により親権、監護権が指定され監護権を得た側からする場合、更には、親権等を持たない側から親権等の変更申立と併せてなす場合、等が考えられます。

そして、これらいずれの場合も、子の利益を考え、子の置かれている養育保護状況に問題があることが前提ですが、監護権者側からの請求は原則認められることとなるものの、非監護権者側からの請求は、相手方の子に対する保護状況の著しい不当性等の証明等、監護権変更とからみ難しい問題もあります。

(八)面接交渉

親権者、監護権者でない側の親が、子に会ったり、手紙、電話等で連絡を取り合ったりということが面接交渉といわれるものです。

民法では面接交渉に関する規定はなく、相当以前には、離婚の際にこのような協議をされることはほとんどなく、親権者指定だけで処理されていました。

しかし、その後、離婚の調停、審判等でこの面接交渉についての申立も併せてなされる事件が増え、現在では、監護に必要な事項と必要な相当の処分と考えられ、民法第766条第1項の類推適用として、調停、審判で決定等をする事が認められるに至っています。

そして、このような面接交渉権が認められるのは、子育てに関する親の責任（権利義務）として、子の側からは親から養育を受ける権利として考えられるためですが、いずれにしても、子の成長等の利益のためになされるという考え方が必要です。

また、面接交渉を認める基準としては、子の年齢、心身状況、子の意思、父母の双方に対する感情、子の教育状況等がありますが、それら諸事情を総合して認めるか否かが決まると共に、認められた場合も、どの程度の頻度で、どのような形（宿泊等を認めるか等）で面会させるか等といった細かい問題があります。

通常、離婚という夫婦間の感情問題が入る関係で、面会条件については、協議できる場合はできるだけ具体的に取り決めておいた方が、後々の紛争を防止できるも

のと思われます。

但し、前述のように、あくまで子の利益を最優先にする必要があることから、子の負担となるような形での面会は認められず、また、子が成長し自らの意思がはっきり出るようになれば子の意思が大きく影響し、結論が異なる場面もある問題です。

(二) 養育費

(a) 意義

養育費とは、未成熟の子が社会人として独り立ちできるまでに必要とされる費用で、内容的には、食費等の生活費用、医療費用、教育費用等となります。

民法で直接的に「養育費」という用語は法文上ありませんが、民法第760条(婚姻費用分担等)、同法第752条(夫婦間の扶助義務)、同法第766条(監護費用)等が対象になると思われます。

尚、未成熟の子とは、未成年者と必ずしも一致はせず、社会的、経済的に独立して生活し得ない状況の者のことをいうため、中卒、高卒で就労し独りで生活し得る者はこの対象とならず、逆に、大学生等の場合は事情により未成熟の子として養育費の対象となり得る場合もあります。

(b) 請求の根拠

未成熟の子の生活費等の請求方法としては、子自らが民法第877条以下の扶養料請求という形で請求する方法が考えられます。

また、子を監護している親(親権者)側から他方の親に対して、民法第766条の監護に要する費用という形で請求する方法があり、いずれも家事審判法第9条第1項乙類事件として、調停、審判で解決を図ることができます。

尚、子が未成年の時は親権者側からの監護費用請求という形を、子が成人に達している時は子自らの扶養請求という形を取るものと思われます。

(c) 養育費の始期と終期

養育費の支払義務の始期については、夫婦が別居を始めた時からといった考え方もありますが、長い間請求しなかったものを、急に別居時まで遡って請求できるとすることには疑問がないわけではなく、一応は監護権者なり子本人から請求がなされた時からと考える方が妥当と思われます。

また、終期については、以前は高校を卒業する18歳や成人に達する20歳までで切ることが多かったようです。しかし、最近では、大学まで進学する人間が

多くなってきたこと等もあり、親の収入、職業、学歴、子の能力等から、大学卒業まで養育費を負担するといった解決も珍しくなくなってきました。

当事者の状況によってケースバイケースで考えるべきかと思われます。

(d) 養育費額の認定

養育費は、支払う親と同程度の生活水準の維持が可能なだけのものが基本と考えられています（生活保持義務）。

そのため、養育費の額については、まずは双方の親の収入からそれぞれの生活を維持するために必要な費用を控除した額を確定し、一方、子供の必要生活費を算定して、先の双方の確定額の割合に従い負担額を決めるといった方法になります。

しかし、親の自らの生活に要する費用の割り出しについては、個別事情が多岐に渡ること等から算定が大変な場合が多いものです。そのため、最近では、婚姻費用分担のところでも述べたように、各裁判所で、簡易迅速に計算し得るよう、一定の割合をあてはめて算定できる計算式等が使用されている状況にあります。

尚、子が大きくなり高校等に進学することにより教育費等が問題となる場面では養育費額も高くなりますが、子が小さい間で負担する者の収入が平均的な場合は、多くは月5万円程度までで解決しているようです。

5 内縁の解消

(1)内縁とは

内縁とは、双方に婚姻する意思があって共同生活をし、周囲からも夫婦としての実態を有していると見られるもので、婚姻届だけがなされていないため法律上の夫婦とならない状況の者のことをいいます。

婚姻の意思がなく単に共同生活をしている所謂同棲関係や、婚姻の意思はあるものの共同生活まで至っていない婚約関係等は、内縁とはなりません。

(2)内縁の効果

(イ)内縁の不当破棄

内縁については、現在では法律上の婚姻に準ずる関係のものとの考え方が大勢を占めているようです。

そして、内縁の場合、婚姻届がなされていない関係にあるため、解消するために条件等は一切必要ないこととなりますが、正当な理由もなく一方が共同生活を打ち切るような場合(不当破棄)、婚姻と同視し得る関係にあったことから、理由によっては不法行為による慰謝料等の請求がなし得るとするのが最高裁判所の裁判例です。そして、慰謝料の請求が可能な理由としては、離婚原因のところでも述べたような不貞、遺棄、暴行等が考えられます。

また、慰謝料額は、内縁関係の期間、子供の有無、不当破棄した理由等によって変わり、基本的には離婚の際の基準と同じように考えてよいと思われれます。

また、相手方に配偶者が存在することを知りながら内縁関係に入ったような重婚的内縁の場合、不当破棄での慰謝料請求がなし得るかといった議論がありますが、これも、相手方の配偶者との関係が完全に破綻しており内縁関係が相当期間続いている等の状況下では、他の場合と同様に慰謝料の請求はできるとする下級審の判例があります。

(ロ)内縁の解消

内縁については婚姻に準ずる考え方をすることから、当事者が協議して解決したり、一方的に破棄することで解消されたりした場合、当然、内縁期間中の共同生活により得た財産の清算や解消後の扶養といったものの請求は可能と考えられます。

そして、このような問題は、内縁が婚姻に準ずるといった考え方から、家事審判法第17条の「その他一般に家庭に関する事件」に当たるとするのが最高裁判所の

裁判例ですので、家庭裁判所での調停、審判により解決を図ることができます。

(八)内縁配偶者の居住権

内縁は、一方当事者の死亡によっても当然に解消されます。

そして、相続制度の画一的処理の要請等から、内縁配偶者には相続権は認められず、また、潜在的共有関係の立証が困難な場合、財産分与等請求も否定されます。

そこで、内縁配偶者等が居住している借家等の処理が問題となりますが、死亡した側に相続人が存在しない場合は、借地借家法第36条により内縁配偶者に借家権が承継されることが規定されています。

また、相続人が存在する場合でも、内縁配偶者は貸主に対し、相続人の賃借権を援用して居住する権利が認められ、かつ相続人に対しては権利濫用の理論を用いて立ち退きを拒否し得る等の裁判例があり、生存している内縁配偶者の居住する権利を認める形で保障しています。

尚、生存している内縁配偶者に対する保障については、相続は否定されるものの、上記借地借家法のほか、労働基準法、厚生年金法、国民年金法等で、婚姻に準ずるものとして保障する方向に進んでいるようです。

第2 離婚紛争の予防と解決の急所

1 離婚紛争予防の急所

(1) 離婚紛争の実情と原因

(イ) 離婚紛争の実情

婚姻とは、男女が終生に渡り互いに協力して共同生活を営むことを約束するものです。

そのため、婚姻が終生の契約であるという前提からして、離婚は本来であれば例外的事象ということになります。そして過去においては、婚姻に宗教や社会風俗がからみ、特に日本では、家父長制の強い影響下で妻の地位が低かったこと等も手伝い、簡単に離婚しないといった状況にありました。

また現に、第二次世界大戦後の男女平等を原則とした新しい民法の親族編に移行後も、昭和40年頃までは離婚件数が年間8万件前後で推移するといった状況にありました。

ところがその後、社会が経済的に豊かになり、男女平等の理念が浸透し、核家族化や女性の社会進出による自覚等の影響もあってか、急激に離婚件数が増加し、昨今では年間28万件以上という、昭和40年頃までと比較すると実に3.5倍以上の件数にまでなっています。

また、年齢層的に見て、従前から男女共20代の離婚率が高かったのですが、最近では更に増加傾向が見られます。その上、従前であれば、小さい子供の居る夫婦は子供の存在からできる限り離婚を控えようとする傾向がありましたが、最近では、子供が居ても自分達の感情、気持ち等を優先させて離婚に進むケースが少なくなき、そのため、養育費の問題がどうしても大きくなっています。

更には、50歳前後以上の熟年夫婦にも離婚が増加している様子があり、このような場合は財産分与等での問題が非常に大きくなり、解決を難しくしている側面があります。

現在の社会的状況、女性の地位の向上、結婚に対する認識等から、今後も更に離婚の増加が予想されます。

(ロ) 離婚紛争の原因

(a) 夫婦別産制と潜在的共有持分

夫婦の財産関係については、民法では、婚姻前に別段の契約をなさない限り、夫婦の一方の婚姻前から有する財産、及び婚姻中に自己の名で取得した財産はその者の特有財産となる旨規定されています（夫婦別産制・民法第760条、同法第762条）。

そのため、婚姻中は夫が働き、妻は専業主婦として家庭におり収入のないような状況下で夫の収入で自宅等を購入した場合、この規定からしてそれは夫の財産とみなされることとなります。

ところが、夫婦が離婚といった局面に至った場合、民法第768条第1項は、一方が相手方に財産の分与を請求できるとし、同条第3項では、分与の額、方法は、双方が協力して作った財産の額、その他の事情を考慮して定めると規定しており、前述の例のような夫の名義の財産でも、分与請求がなし得ることとなります。そして、これは、結局は「別産制」を取りながらも、婚姻後作られた財産については潜在的には夫婦の共有と考え、婚姻解消時に清算できるといった考えに基づくものと思われます。

そして、最近では、共稼ぎ、専業主婦等の状況に関わらず、その潜在的共有持分を2分の1ずつと考えるのが原則のようです。

(b)分与すべき財産の不明瞭

分与すべき財産としては、原則として、婚姻後に夫婦の就労により得た収入で取得した財産が対象となることは、基本的に問題ないものです。

一方、婚姻前に自己の収入で得た財産や、婚姻前後を問わず親等から贈与・相続により渡された財産は、基本的には特有財産として分与の対象からは外れることとなります。

しかし、特有財産の中にも、一方が親等から渡された財産とはいえ、その後相手方が長期に渡り協力して生活を維持したため処分せずに残せた等といった場合には、ある程度は分与の対象にすることは可能かと思われます。

更には、夫婦が親らの家業を手伝ってきたような場合、夫婦に財産がなくても、家業として親らに資産があれば、これも分与の対象財産として見ることは可能で、現実には親の名義であるため財産そのものの分与は困難だとしても、金銭等で評価して処理されるといったようなこともあります。

また、将来の退職金や年金等といったものも、どこまでを分与対象財産と見る

のかは非常に難しく、分与方法にも問題が生じかねません。

このように、分与すべき財産の不明瞭さが離婚紛争をこじれさす一つの原因であると思われます。そもそも夫婦の財産は、一定の期間の共同生活の中で作られ又は維持されたものであり、その構成は時事変化していくため、これに関し離婚時の紛争を予防する方法は現実には見当たらないと思われます。

(c) 慰謝料額の不明瞭

慰謝料請求権は、既に述べてきたように、夫婦の一方がその共同生活や信頼関係を破壊するような不法な行為をなしたことにより、相手方が精神的苦痛の対価として請求し得るものです。そして、この典型的な例が、不貞、暴力、遺棄等で、それ以外にも共同生活の維持が困難となるような信頼関係破壊行為が対象となります。

そして、このような慰謝料対象行為は多岐に渡ると共に、不貞行為だけを見ても、過去のものか進行中のものか、その期間や回数、婚姻期間等あらゆる点を考慮してその額が決定される性質のものであるだけに、画一的に取り決めることは困難であり、慰謝料額の程度等は予想しがたいものです。

(d) 親族の帰属と養育料額の不明瞭

未成年の子の親権の帰属は、離婚届出をなす際同時に決定しなければならない事項となっています（民法第819条）。

離婚に至るには、多くの場合、相当程度の感情的な対立、軋轢があり、また双方共に未成熟の子に対する思いが強いこともあり、子供の親権者をいずれにするかが争点となって離婚協議が困難となり、調停、裁判に至り、解決まで長期化することが多くなります。

また、養育料の額については、基礎知識の項でも述べた通り、夫婦の財力や生活程度、子の年齢等、多岐の事情を考慮し決定すべきもので、確定的数字というものはありません。そのため、この点も紛争となりやすい部分です。

(2) 夫婦財産契約

夫婦の財産関係については、民法第755条で、婚姻届出前に契約すれば民法第760条から同法第762条の法定財産制によらずにその帰属が認められることとなっており、これを「夫婦財産契約」といいます。

そして、この契約により夫婦の特有財産が明確になり、婚姻後に作られた財産を共有

と定めたり、双方の財産の管理者を一方に決めたりすることができ、離婚の際の財産分与関係を事前に解決し得る余地があります。

しかしながら、この契約は婚姻届を出す前に締結しておかなければならず、かつ第三者に各人の財産の帰属を主張するためには、契約をなしてかつそのことを登記しておかなければならず、更には、一旦契約すると管理者の変更等（民法第758条）以外に変更が認められないことから、現実には契約する事例は見かけません。

また、夫婦の関係は長期に渡る場合が多く、その間、夫婦の経済力が婚姻当初と変化し、経済的に弱かった側の方の収入が大きくなる等といった事態も考えられ、変更のきかない契約であるだけに、逆に拘束されてしまう危険もあるため、離婚の際の予防策として必ずしも絶対的なものではないと思われます。

2 離婚紛争解決の急所

(1)離婚紛争長期化の原因

(イ)感情的対立と別居による協議の困難さ

婚姻後、離婚に至るまでは、一時流行語となった「成田離婚」等のような特異な場合のほかは、期間の長短はあっても一定の共同生活といった実態があるため、相手方の善い面も悪い面も知ると共に、相互に頼る感情が働く結果、いずれかから離婚の話が持ち出された場合、不貞等の問題がなくても他方は裏切られたといった気持ちから非常に感情的となり、当事者間では全く会話が成り立たなくなることがあります。

その上、一方が家を出て別居するようになってしまい、双方がそれなりに何とか生活できる状況であれば、意見を述べる機会が更になくなり、特に昨今のように社会内での人間関係が希薄な状況下では、二人の間に入って調整してくれるような人間も望めず、協議に入ることすら困難となり時間だけが経過するといった危険があります。

特に、一方当事者が頑なに離婚を拒否している場合、この傾向が強くなります。

状況によっては、弁護士に依頼するとか、早期に見切りを付けて調停申立をする等の手段が望まれます。

(ロ)パートナーからの暴力(DV被害)

夫婦の一方から他方への暴力は、民法第770条第1項第5号の「継続しがたい重大な事由」の典型例として、離婚原因の一つに問題なく取り上げられるものです。

しかし一方、他人同士である夫婦が緊密な共同生活を営む関係から、日常的に些細なことで感情の対立が発生して夫婦喧嘩に発展し、その際、暴力行為を伴う喧嘩になることも珍しくはありません。

このような場合、「夫婦喧嘩は犬も食わぬ」とか「法は家庭に立ち入らず」等と言われ、社会や警察からも問題にされず放置される場合が多いようです。

そして、単発的かつ軽微な喧嘩であればそれでもよいでしょうが、昨今は、社会の複雑化等に伴う個々人のストレスや倫理観の低下等といった問題から、強者から弱者への常軌を逸した攻撃等が見かけられ、家庭内でもこのような形態の暴力事案が見受けられるようになりました。

しかし、このような暴力についても、軽い夫婦喧嘩との峻別が困難な場合もあり、

事が公になりにくく、また、弁護士が介入しても、このような暴力を振るう相手方とは理性的な協議もなしがたいのが通常で、結果的に調停、裁判まで行かざるを得ず、その間の被害を受ける側の身体上の安全に対する手配（DV法に基づく保護手続、刑事事件等）の大変さ、更には裁判で判決が確定した後も相手方からの攻撃に対応しなければならない等、基本的に非常に解決が困難で長期化するものとなります。このような場合は、警察、弁護士、裁判所等あらゆる関係先に積極的に協力を求め、粘り強く対応するほかないでしょう。

(八)相手方の財産把握の困難性

離婚に伴う財産の清算の円滑は、まず婚姻後に作られた潜在的共有持分の対象となる財産の確定から始まります。

そして、夫が給与所得者で、妻が専業主婦等の場合、最近では給与支払のほとんどが銀行振り込みでなされる関係から、妻の側も収入内容を把握しているため、不動産、預金、有価証券等についての把握は比較的容易と思われれます。

しかし、給与所得者でも、夫が妻に財産管理を任せている場合、妻の蓄財が把握しきれないこともあります。

また、夫が自営業者等で妻が全く仕事に関与せず、夫から必要な生活費だけを渡されているような場合も、夫がどのような形で蓄財しているか全く不明といった場合も珍しくありません。

そして、このような場合、夫婦共に正直に自己名義の財産を開示すればともかく、これを隠されると発見が著しく困難となり、感情問題も手伝い、紛争が長期化することとなります。

弁護士や調停、審判での裁判所による調査も一応可能ですが、全く手掛かりもないままの調査には無理があり、少なくともどこの銀行のどの支店に預金がありそうとか、どこの証券会社と取引している等の情報が必要になると思われれます。

(二)調停、裁判システムの問題

離婚等身分関係に関する調停、審判、訴訟手続については、家事審判法、人事訴訟法といった法律で決められています。

そして、人事訴訟法が平成16年4月に新しくなり、それまで普通の民事事件と同様地方裁判所で審判されていた離婚に関する訴訟が、家庭裁判所で審理されることとなり、更には、証拠調べでも、職権での調べや家庭裁判所調査官等に調査させ

ることができる等、離婚に伴う複雑多岐にわたる問題の解決が図りやすい態勢に変化してきています。

しかし、離婚及びそれに伴う財産分与、養育費、監護権等の問題については、家事審判法により調停を先に行う（調停前置主義）ことが決められているため、当初から解決困難な事案であっても、どうしても数回の調停期日は持たれることとなり、時間がかかることとなります。尚、離婚事件の増加に伴い、裁判所の調停日不足等から、期日については、大阪等では月に1回程度が原則となり、この面からも時間を要することとなっています。

また、離婚関連事件については、離婚、親権事件と、財産分与事件、養育費事件、慰謝料事件等は、調停段階でも別々の事件として受け付けられ、調停不調の場合は、離婚等事件は訴訟に移るものの、財産分与、養育費等は審判手続でも可能であり、慰謝料請求については訴訟でも地方裁判所に起こすことができる等といったように、一連の事件にもかかわらず、申立の方法によっては複数の手続に回されることにもなって手続が煩瑣になる危険があり、全体として解決するためには長時間を要する可能性があります。

但し、現実には、訴訟となった場合、財産分与、養育料、慰謝料等を離婚等と一木にして起こせるため、あえて個々の事件ごとに解決しようとする必要はありません。

(2) 話し合いによる解決の急所

(イ) 分与すべき財産範囲の確定

財産分与の対象となる財産は、夫婦が婚姻中に協力して作った財産で、名義がいずれであっても潜在的共有関係にあると考えられるものとなります。

そして、このような理由から、原則としては別居等、共同生活が解消される時点の物と考えてよいと思われます。

婚姻中の夫婦の収入で得た不動産、預貯金、有価証券等で、別居時に残存しているものは問題なく対象となります。

しかし、夫の親の事業を手伝った場合等で、夫婦以外の名義分にも潜在的権利主張がなし得るようなものは、一応対象として考えるよう主張すべきでしょう。

また、退職金規定等が明確な企業に勤務し、数年で退職することが予定されているような場合、将来の退職金も範囲に含めて協議することが可能で、将来年金等と

も併せて気を付ける必要があります。

また負債についても、住宅ローン等資産を作るために発生したといえるものは、マイナス計算にはなりますが検討の対象とする必要があります。

(ロ)財産の評価額の確定

現金、預貯金については別居時の現在額で、金融機関の残額証明等で確定が可能と思われます。

また、有価証券類のうち、上場されている株式、国債、社債等については、相場がたっている関係から、別居時前後2ヶ月の平均等で評価額を確定させられるものと思われます。

不動産については、別居時の時価額の確定が問題となりますが、固定資産税評価証明書にあがる評価額や、不動産業者らに見積もりさせること等で確定を図る必要があります。但し、それらの手法での評価額に双方の納得が得られない場合は、不動産鑑定士による評価額の鑑定ということまで検討する必要がありますが、費用等の関係でそこまでするべきかは疑問があります。

有価証券類の中でも非上場の株式等については、相続税評価の方式等を利用することが考えられます。また将来の退職金等は、分与時の時価に引き直すため中間利息の控除をする等の操作が必要となります。

いずれにしても、評価の難しい財産については税理士等の専門家に相談する等して、評価額の確定について紛争を生じさせないよう気を付けることが必要です。

(ハ)慰謝料額の確定

慰謝料は、既に述べてきた通り、不貞、遺棄、暴力等により被害を受けた側がその精神的苦痛等に対して請求し得るもので、本来、金銭に直すことが難しい部分であり、感情的な面からどうしても被害者側が大きな請求を起こしやすいものです。

しかし、現実には、調停、裁判等では100万円から500万円の間で処理されているようで、多くは200～300万円程度と考えるべきでしょう。

そこで、財産分与等を受けられない事情等があれば500万円を超える請求も考えられますが、それなりに財産分与が受けられる場合は、あまり慰謝料額にこだわらず、平均的な額でも慰謝料を認めさせることで納得して処理するのが早期解決の方法かと思われます。

(二)親権と養育費の確定

親権については、子供の養育のため最も適当なのはどちらかとの判断が大前提となります。

そのため、小学生以下の子の場合は、母親側に、性格や精神状況等から子育てに著しく支障があるとか、既に別の男性と生活を始めており子供の居場所がない等といった事情がない限り、親権は母親が取る方が多い場合が多いと思われます。

感情面はともかくも、冷静に子供の将来を考え確定すべきでしょう。

また、相手方に対する少々の不安がある場合でも、面会に関する取り決め等を上手に利用することで解決を図ることが望めます。

また、養育費については、双方の収入がある程度確定していれば、東京や大阪の家庭裁判所では、一般化した経費等の数値を決めた計算式を用いており、これを利用することで、ある程度客観的、現実的費用の積算が可能かと思われます。

そこで、これについては、家庭裁判所等の相談窓口等で教えてもらい計算してみるのが最も手軽な方法であると思われます。

(ホ)解決へのリーダーシップ

離婚といった問題の場合、原因の如何にかかわらず双方がどうしても感情的とならざるを得ません。

しかし、少なくとも、相互の離婚の意思が確定的であり、離婚するしか解決の道はないことが双方で確認し得た場合は、早期解決が双方の利益になるとのしっかりした気持ちをもって、どちらかが主導的に話を進め、感情が入りにくくするため、ある程度事務的な対応で処理すべきでしょう。

この交渉についてのリーダーシップが双方ともに取りにくい場合、更には解決すべき問題がどこまでかといった不安等がある場合は、弁護士等の専門家に介入してもらって話し合うのも一つの方法であるように思われます。

(3)裁判による解決の急所

(イ)分与すべき財産範囲の確定

財産分与の中心は、夫婦の共同生活により築き上げた財産の清算です。そのため、分与すべき財産は、夫婦が別居乃至は離婚時に有する夫婦いずれかの名義の財産がまずは対象となります。但し、夫婦が婚姻前にそれぞれ取得したもの、あるいは、婚姻後とはいえ相続等で取得した特有財産は、当然除外されます。

そして、通常、現預貯金、不動産、株式等の有価証券類がこれらに当たると共に、既に支給認定がなされている年金、退職金や近い将来の返済金も含まれます。

しかし、退職金等は、5年10年以上も先に予想されるものであれば、退職金制度等の存続の可否等に疑問があるため、当然に対象とすることは困難です。

また、夫婦以外の名義のものでも、例えば、夫婦どちらかが親の仕事を手伝い、それによって新たに相当程度の財産を残したり、又は夫が個人会社を営んでいる場合の会社の財産等も、一応、程度の問題等ではありますが対象となると考えられます。

尚、負債は、共同財産形成のためできた住宅ローン等だけが対象となり、その外の各人の勝手に生じた債務はマイナスの意味でも対象とはなりません、その場合、積極財産だけを考慮して分与の請求をすべきです。

ところで、財産分与は、裁判手続としては原則的には家事審判の申立てされることとなり、離婚請求と併せてする場合に限り訴訟手続によることとなります。

しかし、いずれにしても、家庭裁判所での手続であり、かつ人事訴訟法第20条で、訴訟手続でも職権探知主義が取られているため、分与財産範囲に問題があるような場合、積極的に裁判所に調査嘱託を促したり、家庭裁判所調査官に調査をさせるよう促したりすることにより、判然としない財産範囲の確定もなし得る可能性もあると思います。但し、何の手がかりもなく、対象財産を探すよう求めても相手にされませんので、それなりに存在の可能性のある財産の特定をした上ですべきでしょう。

(ロ)財産の評価額の確定

財産分与については、前述の通り、原則的には共同生活を打ち切った時点（別居時等）での財産価格を前提にすべきであると考えます。

そして、現金や預貯金については、評価は残高証明等で簡単に処理できると思われますし、解約返戻金等のある保険等についても、別居時点の返還予想金を保険会社に証明してもらうことで処理し得ると思われます。

また、株式等の有価証券類についても、市場がたっているようなものについては、相続の評価の場合と同様に別居時等の基準日をはさんだ1、2ヶ月の平均値を取ることにより、評価額についてはさして争いとなるとは思われません。

しかし、非上場の株式や不動産等については、その評価が非常に難しい場合があ

ります。

そこで、このようなもの場合は、審判、訴訟いずれの手続においても、裁判所に価格鑑定の申立をなし、裁判所が選任した鑑定人の鑑定で処理することになると思われます。但し、この場合、専門家に評価を任せるだけに費用もかかると思われると共に、裁判所の鑑定ということから、出た結果については申立をした側の有利不利に関わらずそれなりの拘束力を持つ可能性が大きいいため、双方の評価額についての主張の開きがあまり大きくない場合は、そこまでするのが良いか問題のある場合もあります。

(八)慰謝料額の確定

慰謝料は、配偶者の不貞行為等の有責行為の結果、相手方配偶者の精神的苦痛に対する対価として支払われるもので、既に述べて来た通り、定額化されたものや算定基準等といったものは一切ありません。

そして、慰謝料については、離婚と共に請求する場合は家庭裁判所での訴訟となり、離婚とは別に請求する場合は地方裁判所での訴訟となりますが、取り扱い裁判所が異なるものの、地方裁判所と家庭裁判所で判断基準が異なることはなく、既に述べてきたように、有責の程度、婚姻期間、子の有無等の条件により100万円から500万円の範囲内で処理されることが多いと思われます。

しかし、請求するに当たっては、500万円以上はできないとか100万円以上でないといけない等といったことは一切なく、自分の気持ちで金額を要求してもおかしくはありません。ただ、裁判所は、上記各事情を考慮し、裁判所の自由裁量で額を認定するため、請求額にはとらわれないことは理解しておく必要があります。

(二)争点の確定

離婚に伴う紛争は、離婚そのものの当否から、親権者選定、養育費、財産分与、慰謝料、離婚前の婚費の清算等多岐に渡ります。

しかしながら、裁判をするに当たっては、上記全ての問題を対象としなければならない訳ではなく、合意できる部分は協議で処理し、どうしても解決が困難な部分だけに限って裁判に付する方が、双方ともに余分な労力を要しないと思われます。

そのため、離婚、親権について双方で争いがないような状況では、協議離婚の手続をふんだ上で、財産分与、慰謝料、養育費については審判の手続にのせるといったやり方で、できるだけ争点を絞った方が早期解決となるでしょう。

また、財産分与に関して、いずれ判明するような対象財産については、感情的な面での抵抗はあってもできるだけ開示し、余分な争点を増加させないようにする方が、結果的には良いように思われます。

更には、財産分与等があるとしても、財産状況からしてわずかなものであれば慰謝料一本に絞る、またはその逆に、財産分与の中に慰謝料等をもっと取り込んで処理する等といった方法も、争点の整理の意味では重要になると思われます。

離婚は、それに伴う感情問題が大きいだけに、裁判手続に入る際に争点を絞り込むことが、紛争の早期解決に影響するものと思われます。

(ホ) 訴訟事項と審判事項の弁別

離婚とそれに伴う前記の各紛争については、家事審判法、人事訴訟法、民事訴訟法等により、事件ごとに訴訟事項、審判事項、更には家庭裁判所管轄、地方裁判所管轄と分けられており、複雑になっています。

まず、基本となる離婚請求については、調停不調後は、人事訴訟法第2条第1号、同法第4条により、家庭裁判所に訴訟を提起することと定められています。

そして、離婚請求と一緒に請求する場合に限り、慰謝料請求（人事訴訟法第17条第1項）や財産分与、親権者指定、養育費等（人事訴訟法第32条第1乃至第3項）も、家庭裁判所の訴訟事件として一気に解決することが可能になっています。

一方、離婚請求が協議離婚手続や調停離婚手続で解決している場合、財産分与、親権、監護権、養育費等の問題は、家庭裁判所における審判手続によることとなります（家事審判法第9条乙類第4、5号、第6号の2）。

そして、離婚が成立している場合の慰謝料だけの請求の場合は、地方裁判所での訴訟手続によることとなります。

これらの手続関係は複雑なだけに、裁判手続をとるに当たっては、争点を十分に理解、整理し、訴訟事項に当たるか審判事項に当たるかを考え、行動する必要があります。

(ヘ) 人事訴訟手続の活用

人事訴訟法は、民事事件のうち、離婚、婚姻の無効・取消し、嫡出子否認、認知、養子縁組、離縁などの身分関係の形成や存在の確定を目的とする訴訟について、民事訴訟法の特例として定められた法律です。

この法律は平成15年7月に全面改正されましたが、その結果、従前は地方裁判

所で審理されていた離婚事件が家庭裁判所になり、更には、通常訴訟のように証拠調べ手続に限らず、家庭裁判所調査官による事実調査に基づく判断もなされるようになり、身分関係上の複雑な感情問題等の背景、事実等についても比較的正確に認識してもらいやすくなっています（人事訴訟法第34条等）。

その上、管轄についても、当事者の住所地での提訴が可能となり、調停では相手方住所地での申立に限られていることから、遠方の場合はどうしても申立側に負担となっていた部分がありましたが、訴訟に移行すればその負担が軽減される等といったことにもなります。

もちろん、離婚が成立してしまっている場合はこの法律での訴訟提起は不可能ですが、離婚について争いがあり、かつその他関連部分についても紛争が多岐に渡る等のため、調停では時間ばかりがかかってまとまりにくいような事案については、無理に調停手続にこだわることなく、早期に訴訟手続に移行させることも考えてみるべきかと思われます。

(ト)保全処分手続の活用

(a)訴え提起前の保全処分

相手方との間で離婚に付帯する問題が解決できず訴訟を起こさざるを得ない場合、訴訟手続について、双方の主張の整理や証拠調べをどうしても裁判所においてなさなければならない関係で、時間を要するものとなります。

そのため、判決が出るまでの間に、相手方が財産の一部乃至全部を処分してしまえば、せっかく判決を得てもその実行が困難になるといった事態になりかねません。

そこで、離婚と共に財産分与を請求する訴えを起こす場合、対象財産について、民事保全法の手続に基づき仮差押をするといった方法が考えられます。尚、この場合は、人事訴訟法の変更により、本訴が家庭裁判所に付属する関係で保全手続も家庭裁判所に申し立てることとなります（人事訴訟法第30条）。

また、慰謝料請求についても、離婚と共に提起する場合は、上記同様、保全命令の申立も家庭裁判所にすることとなります。

しかし、慰謝料単独で請求する場合は、前述のように本訴の管轄が地方裁判所となる関係で、保全の手続も地方裁判所ですることとなります。

また、慰謝料は金銭請求のため仮差押の手続となりますが、財産分与で特定財

産の分与を求める等の場合は処分禁止の仮処分となる等、保全申立内容にも違いがあり、このあたりは充分注意して対応すべきでしょう。

尚、民事保全法による手続の関係から、命令を得るためには担保として一定額の保証を求められることとなります。対象財産の5乃至15パーセント程度が目安となり、財産によっては相当額の担保を積むことが求められるため、何を押さえるか等については充分慎重に対応した方が良いと思われます。

(b) 調停前の仮の措置

家事審判規則第13条第1項によって調停を申し立てた場合、調停が成立するまでの間、調停委員会は、調停の成立を難しくするような処分行為をしないように、一方当事者に命じることができるようになっています。

そこで、調停申立後に、前述のような財産分与や慰謝料の請求等で相手方の行為に不信を抱くような場合、この申立をするのも一つの方法です。

しかし、この調停委員会の命令は、担保は必要ないものの執行力もなく（前条第2項）、違反した相手方に過料の制裁があるだけで（家事審判規則第28条第2項）、実質的強制力がないことに注意が必要です。

また、調停が不調、取り下げ等になれば、この命令の効力も当然失われることとなります。

(c) 審判前の保全処分

離婚が協議等で成立している場合、財産分与については、家事審判法第9条乙類第5号により、審判手続でしか最終的な解決はできないこととなっています。

そこで、この場合、訴訟と同様に、やはり対象財産の保全が必要となり、家事審判法第15条の3第1項において、審判申立と同時に家庭裁判所が仮差押、仮処分、財産の管理者の選任、その他必要な保全処分を命じることができることとなっています。

尚、この保全処分は、財産分与だけでなく、審判対象となる事案にも可能なため、離婚前の婚姻費用の分担、子の監護、親権者の指定、変更についても、必要な保全処分が考えられることとなります。

また、この保全手続はあくまで審判申立後（同時でも良い）に限られる手続であるため、調停申立中などではこの手続は取れません。

また、この手続は、民事保全法を準用する関係で、担保の差し入れを求められ

る可能性があります。民事保全法に比べ柔軟な取り扱いがなされる場合が多く、内容如何では、担保なしの場合や民事保全手続より額が低くなる可能性もあります。

(d)子の引渡しを求める仮処分

夫婦間の離婚に関連し、子の親権者の指定や変更、離婚手続前の別居中の子の処遇等の関連で子の引渡しの紛争が生じることがままあります。

そして、従前はこの問題について、人身保護法に基づく請求手続が多用されていましたが、前述の訴え提起前の民事保全法による仮処分や、調停審判前の仮の処分を取ることでもあります。

前述のように、調停前の仮の措置で行う場合は、執行力がないことから現実的解決は難しいと思われれます。しかし、審判前の保全処分、訴訟提起前の民事保全法による保全処分の場合は強制力が一応あるため、子の生活状況等の確保に緊急性がある場合等はこの手続を検討することとなります。

しかし現実には、生身の子供のことであり、子供に与える精神的影響の大きさ等から、執行官の手によるとはいえ、子を物のようにして一方から直接引き離すような執行が許されるかが、争われるところです。また、命令に応じない場合は、1日いくらの損害金を支払う等の間接執行が多いと思われれます。いずれにしても、子供に与える影響が大きいことでもあり、子を監督下に置いている親に著しい非行がない限り、仮処分での処理を行なうことは問題を多く含むものと思われれます。

(チ)DV法の活用

配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律（DV法）にも、同法第10条で、地方裁判所において保護命令が可能となっています。

そこで、配偶者の暴力等が原因での離婚事件等の場合、配偶者の退去命令や接近禁止命令だけでなく、同居の子に対する接近禁止命令等も出せるため、離婚紛争解決のため、このDV法による保護命令の申立をすることも一つの方法です。

そして、この場合、期間等の制限はありますが、申立につき担保を入れる必要もなく、その間に離婚手続を進めたりする手段として活用すべきでしょう。

(リ)履行の確保制度の活用

調停、審判、家庭裁判所での判決、訴訟上の和解で、財産分与や養育費についての義務が定められた場合、個々に強制執行する方法もありますが、その他にも、家

事審判法第15条の5、同条の6、人事訴訟法第38条、同法第39条の規定により、請求権者側が家庭裁判所に履行の勧告をしてもらったり、それに応じなければ履行を命じてもらうといった方法もあり、強制執行にまで至らなくとも支払等を受けられる方法があります。

但し、この手続での命令には執行力がなく過料の制裁があるだけのため（家事審判法第28条、人事訴訟法第39条第4項）、強制力としては弱いものであることは理解しておくべきでしょう。

尚、強制執行手続と比べて、申立に専門的知識や執行費用の問題がなく、家庭裁判所への相談、同所の指導で申立が行いやすい利点があり、相手方の性格等から見て応じる可能性が高い場合は有効な方法であると思われます。