

「東京家裁人訴部における離婚訴訟の審理モデル」について

東京家庭裁判所家事第6部

令和6年4月26日

(はじめに) 人事訴訟事件が家庭裁判所に移管されてから20年目に入るところ、近時、人事訴訟事件の平均審理期間の長期化傾向が指摘され、その適正かつ迅速な審理・判断の在り方が課題となっている。特に人事訴訟の約9割を占める離婚訴訟の審理期間の長期化の傾向は顕著である。長期化の原因として、これまで様々な要因が指摘されてきたところであるが、いずれにせよ、審理の長期化は、裁判所が紛争解決機関として期待されている役割を果たすことができないだけでなく、当事者側としても、離婚までの見通しが立たないことや、特に子がある事案では子の生活環境等が不安定な状況が続くこと等から、審理の長期化への対応が必要不可欠と考えられる。そこで、今回、東京家庭裁判所家事第6部(人事訴訟専門部)は、東京弁護士会、第一東京弁護士会及び第二東京弁護士会の協力を得て、人事訴訟の審理の在り方に関する意見交換会(第1回～第6回)を開催し、離婚訴訟を中心に審理モデルについて議論を重ね、その中で、弁護士会の方々から貴重なご意見をいただいた。本稿は、そこでの議論の成果をまとめ、「離婚訴訟の審理モデル」を策定したものである。本審理モデルの策定に当たっては、審理の長期化防止と審理の質の維持の両立を目指し、そのため計画的な審理の運営(民事訴訟法147条の2参照)と審理方法の合理化を意識しつつ、離婚訴訟の審理の長期化要因となっている課題を中心として離婚訴訟の審理における留意点や、より良い審理の実現のために実践すべき方策等を整理した審理モデルを策定したものであり、離婚訴訟の審理において直面する論点を網羅的に整理したものではない点にはご留意いただきたい。なお、今後、人事訴訟事件に携わる裁判官、弁護士が、実務において本稿を活用するとともに、全国の家庭裁判所において弁護士会との間で人事訴訟の審理の在り方について協議をする際、本稿を踏まえて議論し、より良い審理の運用が構築されることを期待したい。

第1 訴状審査時の留意事項(訴状作成時の留意事項)

以下では、訴状作成時の留意事項の中で、特にその後の円滑な審理に影響する事項を列挙した(下記の1～7)。訴状の段階でこれらの事項について欠落又は不備があると、①直ちに期日の指定ができない、②今後の審理の見通しが立たず審理計画を立てられない、③その後の円滑な審理の妨げになるなどの弊害がある。そのため、代理人において、訴状作成時にこれらの事項に留意し、また、裁判所も、できるだけ早期にその補正を促すなど、これらの点に留意するのが相当であろう。

1 離婚請求原因(訴訟物)として民法770条1項5号を記載する。

(解説)

訴状の中には、離婚請求原因として、不貞行為(民法770条1項1号)又は悪意

の遺棄（同項2号）だけを記載しているものが散見される。しかしながら、仮にこれらを認定できなくても、長期間の別居及びその前後の経緯等から、既に破綻していることは明らかであり、婚姻を継続し難い重大な事由（同項5号）を認定できるケースが少なくない。こうした場合に同項5号の記載があれば、離婚請求原因の審理を省力化できるし、離婚請求の認容を見込んで、早期に財産分与の審理に入ることも可能となる。ところが、原告が同項5号を挙げていないと、裁判所は、同項1号・2号を認定できない限り離婚請求の認容を見込んで審理計画を立てられないし、離婚請求の認容という点から必ずしも重要とは考えられない事実関係まで審理せざるを得ないことにもなる。

2 涉外事件において国際裁判管轄・準拠法について記載する。

（解説）

訴状の中には、①日本の裁判所に国際裁判管轄（人事訴訟法3条の2～4）がないもの、②準拠法が外国法であるにもかかわらず、その点を意識しないで日本法に準拠して提訴しているもの、③準拠法の記載はあるが、離婚（法の適用に関する通則法（以下「通則法」という。）27条、25条）、親子関係（通則法32条）及び養育費（扶養義務の準拠法に関する法律2条）に分けて準拠法を検討していないもの、④外国法を準拠法にしているが、その内容の調査が不十分であるため、所定の要件を充たすか疑義があるものが散見される。こうした事件では外国送達が想定されるものも少なくないため、これらに不備があると、当初から審理を先に進められない事態に直面する。

3 別居開始日及び別居に至る直前の経緯を記載する。

（解説）

訴状の中には、離婚請求原因事実として、同居期間中の暴言等を延々と記載しているが、結局どの時点から別居しているのか分からないもの、そもそも現在、別居しているのか、同居（家庭内別居）しているのかさえ分からないものが散見される。しかしながら、別居開始日は、今後の審理の見通しを立てるために極めて重要な客観的要素である。裁判所としては、別居開始日から長期間が経過していれば、婚姻関係の破綻が事実上推定され、離婚請求を争う被告に対してそれでも破綻していないという根拠となる事実について主張立証を促すのに対し、別居期間が比較的短い場合は、それでも破綻していると考えられる根拠となる事実について原告に対して主張立証を促すことになる。また、別居に至る直前の経緯（別居開始の直接の原因等）も重要であるところ、別居開始日を記載していながら、何が原因で別居に至ったのか、どちらが自宅を離れたのか、子を連れて出ているのかなどを記載していないため、事案の全体像が分からず、今後の審理計画を立てられないケースもある。

4 「婚姻を継続し難い重大な事由」として主観的評価や過度に詳細な事実を列挙した冗長な記載はできるだけ避けるのが望ましい。

（解説）

上記のとおり、今後の審理計画を立てるために、別居開始日及び別居に至る直前の経緯は重要であるが、訴状の中には、これを明確に記載せず、むしろ、離婚原因事実として、婚姻日又は交際開始日から現在に至るまでの間に生じた被告に対する不平・不満を訴え、過度に詳細な事実を大量に列挙しているものが散見される。当事者の感情面への配慮からこうした事実を列挙せざるを得ない事情は理解できるし、また、日々の小さな出来事が蓄積して破綻に至るケースも存在するため、一概に不適切な記載とまでは言えないかもしれない。しかしながら、こうした訴状に直面すると、裁判所としては、早期に破綻の有無の見込みを立てられないどころか、何を中心に審理すべきか見込みが立たず、あるいは、事案によっては、原告において、決定的な破綻原因事実を指摘できないために細か過ぎる事実を積み上げているか、中には、自己の有責行為を隠匿あるいはその有責性を減殺したいがために他の破綻原因事実を作り上げているのではないかと疑われるものも散見される。また、訴状で過度に詳細な事実を大量に列挙すると、答弁書もそれに対応して冗長なものになる傾向があり、これがその後の審理の支障になる。

- 5 人事訴訟において請求できないものを請求の趣旨に挙げていないか留意する。

(解説)

訴状の中には、特有財産に係る物の引渡し請求、損害賠償請求¹又は不当利得返還請求等、地裁又は簡裁の管轄事項について人事訴訟の関連請求として請求しているものが散見される。こうしたものが訴状の請求の趣旨にあると、当該部分を移送すべきか否かの問題に直面し、期日指定が延びてしまう。

- 6 調停の経過及び予想される争点を記載する。

(解説)

訴状の中には、調停手続を経ている旨を指摘するだけで終わっているものが散見される。しかしながら、調停において何が争点とされ、何が原因で交渉が決裂したのかは、その後の審理計画を立てる上で有用な情報である。そのため、差し支えない範囲で訴状に記載するのが望ましい。労働審判において、申立書の記載事項として、「予想される争点」及び「当事者間においてされた交渉その他申立てに至る経緯の概要」が記載事項とされていることが参考になる(労働審判規則9条1項1号・3号)。

- 7 秘匿申立ての制度を利用する場合はそれを想定した準備をする。

(解説)

原告の住所等について被告への秘匿を希望する場合は、原告の住所を秘匿するために秘匿申立ての制度(民事訴訟法133条)を利用することになるが²、訴状に添付された書証等の提出書類の中には秘匿を希望する住所が十分にマスキングされていない

¹ ここでの損害賠償請求は人訴法17条所定の関連請求としての損害賠償請求ではない。

² なお、以前は実務上、代理人事務所を本人の住所として記載する例も散見されたが、現在の東京家庭裁判所家事第6部では、かかる取扱いは認めていない。

もの、あるいは、被告に知られることによって原告が「社会生活を営むのに著しい支障を生ずるおそれ」に関する疎明資料が不十分なものが散見される。また、訴訟提起後に住民基本台帳事務における支援措置を求めたり、警察に対する生活安全相談の記録を取得したりするなど、疎明資料の作成について準備を要すると、その補正を待たなければならず、期日指定が徒に延びてしまう。

第2 第1回口頭弁論期日の審理・運営

第1回口頭弁論期日（被告欠席の場合は実質答弁の期日）において、簡単にでも、裁判所と代理人との間で今後の審理計画について意見交換し、今後の審理の見通しを立てることが有益である。すなわち、離婚訴訟の場合、調停前置の関係で、代理人において、何が争点となるかを把握し、その立証のための証拠もある程度保有していることも少なくない。そのため、こうした点を最大限活用し、予想される争点のほか、双方代理人において、どの争点について、どのような主張・立証を予定しているか、意見を聴取すると、今後の審理計画に有益である。こうした議論の中で、裁判所において、できるだけ早期に、代理人の主張立証の目標・留意点を設定すると、一定の範囲で審理の合理化が期待できるように思われる。なお、こうした口頭議論は、その後の期日においても継続することが重要である。

（解説）

離婚訴訟の場合、まずは被告が離婚請求を争うか否かの確認が重要であるが（これは答弁書に記載されている。）、そのほかにも調停前置がある関係で、調停での審理の成果を生かし、今後の審理計画に役立てることが考えられる（この点が民事訴訟との違いである。）³。もちろん、調停での審理状態が人事訴訟に引き継がれるわけではないが、受訴裁判所は、第1回口頭弁論期日前には、訴訟進行照会書を通じて代理人から調停の経過等を聴取し⁴、さらに、第1回口頭弁論期日においては、代理人から調停の経緯のほか、何を争点とし、何が原因で決裂したのか、特に財産分与についてどこまで審理しているかなどを聴取し、代理人から情報を収集した上、今後の審理において、何が重要な争点になるか、どのような主張立証を予定しているか、どの程度の審理期間が必要かなど、見通しを立て、各代理人との間で今後の審理計画について意見交換することが有益と思われる。そうした口頭議論をしていると、各争点について、代理人が予定する主張立証と裁判所が必要と考える主張立証との間に乖離があり、あるいはそもそも判断枠組みについて乖離があることに気が付くことも少なくない。そうした場合は、できるだけ早期に、裁判所が、各争点についてどのような判断枠組み

³ 答弁書では離婚請求の棄却を求めているも、調停では財産分与と親権者を中心に審理しているケースも少なくないため、真の争点を把握する点でも有益である。

⁴ ここでは、代理人において、今後の審理の希望に関し、法廷では言いづらいことも説明することが可能であるし、調停での経緯を説明するのにも有益である。

で考えているか、どのような主張立証が必要と考えているか⁵、どのような問題点があるか⁶を示唆し、それを踏まえて代理人の主張立証の目標・留意点を設定すると、一定の範囲で不必要に審理が拡大するのを回避でき、長期化対策として有益ではないかと思われる。また、裁判所が、代理人に対して期日間の準備事項を促す際も、それが必要とされる理由・問題意識も説明すると、代理人としても、主張立証の目標が明確になり、依頼者に対しても説明しやすいし、準備した主張立証の内容が裁判所の認識とずれてしまうことも防止できるのではないかと考えられる。さらに、こうした口頭議論をしていると、今後審理が予想される争点の中に、当事者がその主張立証のためには第三者から資料を取り寄せる必要があるなど、証拠の収集に時間を要するものの存在が判明することがある（財産分与において、基準時における保険の解約返戻金、退職金のほか、住宅ローンの残高、特有財産の関係で親族からの贈与や相続による資産の取得経路の立証等が挙げられる。）。こうした立証が予想される場合、裁判所が早い段階で立証の準備を示唆すると、審理の短期化に有益と思われる。

第3 第1回口頭弁論期日（被告欠席の場合は実質答弁の期日）以降の審理について

1 離婚請求原因及び有責配偶者の抗弁の審理について

離婚請求が争われた場合、離婚請求原因及び有責配偶者の抗弁⁷について早期にその

⁵ ①離婚原因の関係では、例えば、長期間の別居がある場合は、原告というよりもむしろ被告側において、それでも破綻していないという理由について主張立証してもらい、逆に短期間の別居があるにすぎない場合は、原告側で、それでも破綻している理由について主張立証してもらい、いずれにせよ、婚姻生活の中で生じた些末な出来事を大量に並べることは説得力がないことを示唆するのが望ましい。また、②財産分与の関係では、例えば、住宅、預金等の特有財産の審理において、代理人が必要と考えている主張立証と裁判所が必要と考えている主張立証との間に差異があるケースが少なくないので、裁判所は、できるだけ早期に必要な主張立証について示唆することが肝要と思われる。

⁶ 例えば、財産分与の関係では、①他の財産から自宅だけを切り離して財産分与を求めるケースがあるが、財産分与では共有物分割請求訴訟とは異なり、個々の財産について分与を求めるものではないことを示唆し、②住宅ローンが残存する不動産についてその名義移転を求めるケースもあるが、判決の主文の中でその名義を移転するのはそう簡単ではない旨を示唆し、③本来なら蓄財されるはずの預金が、基準時までには浪費によって費消されたとして、その相当額について財産分与を求めるケースもあるが、基準時に存在しない以上、財産分与の対象財産にはならず、むしろ寄与度の問題として主張立証する方がよい旨示唆し、④婚姻時の預金残高について特有財産を主張するケースもあるが、同口座に婚姻後の入金と出金が長期間繰り返されている場合は、夫婦共有財産に完全に混入してしまい、特有財産として認定することが難しい旨を示唆することが考えられる。また、面会交流の関係では、⑤試行的面会交流を期待して調査官調査を求めるケースもあるが、離婚訴訟では、家庭裁判所調査官が期日に出席できないし、試行的面会交流などの調整活動もできないため（人事訴訟法には家事事件手続法59条のような規定はない。）、調停時と同様の調査はできない点は早期に示唆することが望ましい。さらに、⑥どの争点との関係でも言えることであるが、代理人が引用する裁判例・文献の中には、現在の人事訴訟の実務においては採用されていないものも少なくない。こうしたケースでは、裁判所としては、その見解を採用しない旨を早期に示唆する必要がある。

⁷ 有責配偶者の抗弁としては、不貞行為、DVのケースが一般的であるが、その他にも、別居

成否を見極める必要があり、そのため、他に争点（親権者の指定、財産分与等）がある場合でも、原則として、当初はこれらについて集中的に審理することになる（段階的審理。ただし、被告が離婚請求を争わない場合は別である。）。もともと、これらの審理では当事者の感情面も絡んだものとなるため、主張反論の応酬となってそれだけでも長期化する傾向がある。そのため、当初の審理計画において、いつ頃までに離婚請求原因及び有責配偶者の抗弁の審理を終了するか、代理人との間で協議し、時期又は期日の回数をもって終期を設定することが有益である。

（解説）

離婚訴訟では、離婚請求が認容されるか否かで、離婚慰謝料、親権者の指定のほか、附帯処分としての財産分与、養育費、年金分割についても、その審理・判断の要否が決まるため、まず、離婚請求原因及び有責配偶者の抗弁について集中的に審理するのが通常であろう。

もともと、最も審理に時間を要するのは財産分与であるため、これについてどの段階で審理に入るかも見極める必要がある。また、親権者の指定に関する審理との関係で家庭裁判所調査官による調査を要するケースも少なくないが、判決にはできるだけ最新の家庭裁判所調査官の調査結果を反映させる必要があるため、基本的には、財産分与等の争点整理が終了する頃に調査官調査を実施するのが実務である⁸。

いずれにせよ、離婚請求原因及び有責配偶者の抗弁の審理については、これを遷延化させないため、当初の段階で代理人との間で協議の上、終期を設定することが有益である。大半の事件では、主張反論を2往復させると、当事者として主張すべき事実や客観的な証拠関係はほぼ提出されるのが通常であろう。こうして離婚請求原因等の審理が終了し、次の財産分与又は親権者の指定に関する審理の段階に入った後も、当事者から離婚原因等について主張反論の応酬が続くことが散見されるが、こうした場合は、双方に陳述書を提出させ、それに言い分を反映させることで対処する方法もあろう。

2 財産分与の申立てについて

財産分与の申立てがあるケースでは、離婚請求原因及び有責配偶者の抗弁の審理が一応終了すると、財産分与の審理に入ることになる。もともと、離婚訴訟では、現時点で財産分与の申立てがなくても、後日の申立ての可能性が潜在しているケースも少なくないため、裁判所としては、財産分与の申立てをする予定があるか、できるだけ

中の夫婦の一方が、婚姻費用の支払を停止して相手方を経済的に追い込み、あるいは、相手方の居住するマンションを売却して生活の場を奪うなど、いわゆる兵糧攻めのケースについても考えられるところである。

⁸ ただし、記録及び代理人の主張に照らし、親権者の指定に関して家庭裁判所調査官による調査の必要性がうかがわれる事案において、財産分与の審理が長期化すれば、調査官調査も遅延してしまうおそれがある点については、留意する必要があるし、事案や状況に応じて、財産分与の審理と並行して調査を実施するケースも考えられる。

早期に代理人と協議し、見極める必要がある。そして、代理人と協議の上、遅くとも離婚請求原因及び有責配偶者の抗弁の争点整理についての審理が終了する頃までには、財産分与の申立てをするか否かを決めてもらうのが相当ではないかと思われる。

(解説)

財産分与の判断が顕在化するのには、離婚請求を認容する場合である。そのため、被告が離婚請求を争う場合は、たとえ、原告が附帯処分として財産分与を申し立て、又は被告が予備的附帯処分として財産分与の申立てをしたとしても、審理の結果、婚姻関係の破綻を認定できないか、あるいは、有責配偶者の抗弁により離婚請求を棄却するならば、財産分与の判断は不要である。もっとも、実務的には、いずれかから財産分与の申立てがあれば、離婚請求が認容される可能性も考慮し又は和解による終局的解決を目指して、財産分与についても審理するのが通常と思われる(ただし、離婚請求が明らかに棄却される見込みであり、話し合いによる解決も難しい場合には、財産分与について審理しないケースが存在することはもちろんである。)

他方で、いずれの当事者も財産分与を申し立てない場合、どのように審理するのが相当か、悩ましい問題がある(特に離婚請求が認容見込みの場合は顕著である。)。そのまま裁判所が何も指摘しないまま離婚請求原因だけを審理し、判決をすれば、審理期間の短縮化という意味ではよいが、離婚をめぐる紛争の終局的解決という点からは疑問がある(なお、この場合は財産分与の審理をしていないため和解はやや難しい)。また、いずれからも財産分与の申立てがなくても、財産分与の紛争が潜在し、かつ離婚請求が認容される可能性がある場合は、その申立てが遅れると、審理が長期化してしまう。仮に控訴審で財産分与の附帯処分申立てがなされると、財産分与に関する審級の利益との関係でも問題がある。

そのため、少なくとも双方代理人との間では、できるだけ早期に審理の範囲(財産分与を審理するか否か)について議論した上で、今後の進行について認識の共有化が重要である(もっとも、代理人が本人と十分に相談の上、離婚訴訟の中では財産分与の申立てはしないと決めているケースがあるため、その点には配慮が必要と思われる。)

なお、婚姻後の同居期間が非常に短い場合や別居時の負債が顕著な場合は、財産分与の基準時において夫婦共有財産が形成されている可能性はあまりないため、財産分与の紛争が潜在している可能性も低いと思われる。

ところで、財産分与の申立てについて代理人と協議する際、特に被告が離婚請求を争う実質的理由(換言すると被告が財産分与の附帯処分を申し立てない理由でもある。)を検討すると、それが今後の審理の進行に参考になる。離婚請求を争う実質的理由を類型化すると、①感情的に納得できない場合(i. 婚姻関係の回復が可能と信じている場合、ii. 婚姻関係は破綻しているが、有責配偶者による離婚請求として許せない場合(これにも、一時的な不貞行為による破綻のほか、現在も不貞行為が継続してい

る場合、不貞相手との再婚が予想される場合、不貞相手との間に子が出生している場合など、段階があるように思われる。))、②経済的な不安から離婚を決断できない場合(被告も破綻は認識しているが、将来に対する不安からこのまま婚姻費用の長期的受領を希望する場合等)、③現在の居住環境を継続したい場合(被告も破綻は認識しているが、離婚すると現在の自宅から退去しなければならず、仕事の都合や子の受験との関係で今は転居したくないという場合等)、④子の意向を踏まえて又は子の利益のために離婚すべきではないとして婚姻関係の継続を希望する場合等がある。

こうした中で、上記①の場合は、当事者が直ちに離婚に納得して財産分与の審理に入るのは難しいケースが少なくないように思われる⁹⁾。これに対し、上記②③の場合は、離婚条件次第で離婚に応じられる可能性も高いため、事案によっては紛争解決を先送りするよりも、早期に財産分与の審理に入った方が望ましい場合も少なくないように思われる。また、上記④についても、現在の状態を継続することが本当に家族にとって良いのか再検討を促す必要性のある事案も少なくないように思われる。

いずれにせよ、裁判所は、できるだけ早期に双方代理人との間で審理の範囲(財産分与の審理をするか否か)について意見交換し、特に離婚請求原因及び有責配偶者の抗弁についてはできるだけ集中的に審理し、離婚請求が認容見込みか否かの心証を早期につかみ、状況に応じてこれを代理人に示唆すると、代理人としても、今後の見込みを立て、本人を説得するのにも有益と思われる(なお、こうした暫定的な心証開示は、今後見込まれる審理の状況と当事者の属性等を考慮しなければならないため、常にできるとは限らない。)

そして、裁判所が、当初の審理計画において、代理人との間で、離婚請求原因及び有責配偶者の抗弁の審理に関して協議する際、その審理が終了するまでに、予備的附帯処分として財産分与の申立てをするか(又は人証調べに入るか)を検討してもらい、これを審理計画とするのが相当ではないかと思われる¹¹⁾。

⁹⁾ この種のケースでは、審理が長期化すると、これと並行して別居期間も長期化し、離婚請求を争う被告に不利に作用するため、財産分与の審理をするか否かは慎重な配慮が必要である。

¹⁰⁾ もっとも、有責配偶者による離婚請求では、仮に離婚請求の棄却判決が確定した場合、その次に離婚を求めて提訴するときには別居開始日(基準日)から相当な期間が経過してしまい、その時点では、財産分与に関する資料(銀行の通帳や取引履歴)が散逸又は廃棄されてしまうおそれもあるため、当事者双方とも早期に財産分与の審理を行うメリットがある。

¹¹⁾ 審理の当初において、予め主張反論を2往復と定めて争点整理を行い、それまでに当事者に財産分与を申し立てるか否かを決めてもらい、その時点で財産分与の申立てがない場合は、人証申請と陳述書を提出してもらって決めて審理を開始する方法も考えられる。確かに予め2往復と決めていれば、明確な指針であり、強力に審理を促進できるし、財産分与の審理がない場合は審理期間を短縮化できる。しかしながら、事件の属性を考慮せず定型的に2往復というルールを設定すると、離婚請求を争う側が、離婚紛争の終局的解決よりも、2往復の終了時点を過ぎれば請求棄却判決をもらえると過度に期待する方向に心理的作用が働き、財産分与の申立てを必要以上に抑制し、終局的解決を先延ばしにしてしまう危険もあるように思われる。特に婚姻関係の破綻を認識していながら、婚姻費用を長期的に期待する配偶者の場合(上記②参

第4 財産分与の審理上の留意点について

1 財産分与の審理方法の概観

財産分与には、夫婦共同生活中に形成した夫婦共有財産の清算（清算的要素）、離婚後の生活についての扶養（扶養的要素）、離婚原因を作った有責配偶者に対する慰謝料（慰謝料的要素）の3要素から構成されているが、上記のうち清算的要素が財産分与の中心である。

清算的財産分与については、夫婦の形式的な名義に基づき、各人それぞれの全ての分与対象財産を算定し、それを比較して、各人が寄与度に応じた財産を取得できるように財産分与額を決めるという方法が採られている。また、清算の対象となる債務についても、債務の名義人が当該債務を負担することを前提として、各人の総資産を算定する際に、その積極財産から消極財産を控除する。

具体的には、財産分与の申立人が原告である場合、夫婦各自の名義の夫婦共有財産は各名義人が取得する前提で分与対象財産総額を算出し、原告と被告の対象財産の合計額に原告の寄与度（原則として50%）を乗じた額と原告名義の分与対象財産総額との差額をベースとし、その他一切の事情を考慮して、両者の不均衡を是正するために必要かつ相当な清算額の支払を命じるのが通常である。計算式は次のとおりである。

（計算式） {原告の純資産額（＝原告名義の資産合計－原告名義の負債合計）＋被告の純資産額（＝被告名義の資産合計－被告名義の負債合計）} ÷ 2 －原告の純資産額

この点、訴状の中には、自宅等の特定の財産だけを分与対象財産として挙げてその名義の移転を求めるものも散見されるが、財産分与は、夫婦の個々の財産を分割する制度ではないし、上記は原告名義の資産及び双方の負債を無視して清算的財産分与を求めている点で相当ではない。

2 基準時の早期確定

（解説）

財産分与の審理を開始するに当たり、まず基準時（分与対象財産の範囲を確定する基準時）¹²を確定する必要があるが、これをできるだけ早期に確定することが肝要である。裁判所としては、できるだけ早期に基準時の合意形成を促し、当事者間で合意できれば、これを調書に残す扱いが合理的である。財産分与の基準時は、夫婦共有財産

照）、現在の自宅から転居したくない場合（上記③参照）にはその傾向は顕著と思われる。むしろ、2往復については、通常はそのぐらいで離婚請求原因等の争点整理は終了するという審理計画を立てる際の目安として用い、財産分与の申立てをするか否かの時期については、代理人との協議の上で合意する手法の方が、裁判所としてはその後の訴訟指揮がしやすいし、代理人としても本人を説得しやすいのではないと思われる。

¹² 基準時には、①分与対象財産の確定をどの時点で行うか（分与対象財産確定の基準時）と、②そのようにして確定した具体的財産についてどの時点の価格を基準に評価するか（分与対象財産評価の基準時）があるところ、①は原則として別居時、②は原則として口頭弁論終結時が基準時とされている。

の形成・維持に向けた経済的協力関係終了時とするのが相当であり、原則として別居開始日がこれに該当する。

もつとも、単身赴任や週末婚状態が先行して別居に至る場合など、必ずしもどの時点が別居開始日であるか明確ではないケースもある¹³。また、当事者が基準時を婚姻関係の破綻時と混同して別居開始日とは異なる時点を主張するケース、別居開始日を基準にすると、財産分与において自らが不利になるため、あえて別の日を基準日として主張するケースもある。こうした事情から、当事者間で基準日の合意形成が困難な場合も少なくない。そのため、裁判所としては、当事者の主張する基準日が、明らかに誤解に基づくものである場合又は不合理である場合は、裁判所が考える時点を示唆して説得することも考えられる。もつとも、基準時の合意形成のために審理が遅延するおそれがある場合は、あえて調整はせず、双方が主張する二通りの基準日で審理するのもやむを得ず、最終的には裁判所が認定した基準時で判断することになる。

3 基準時における財産の開示

(解説)

- (1) 基準時について合意を形成すると、裁判所は、双方代理人に対し、基準時に存在した原告名義の資産・負債と被告名義の資産・負債について、婚姻関係財産一覧表(以下「財産一覧表」という。¹⁴)のデータを用いて主張を整理し、対応する証拠の提出を促すことになる。通常は、財産分与を申し立てた側の代理人に先行して財産一覧表を作成してもらい、相手方代理人には、メールで送信するか、チームズのフォルダにアップしてもらう方法でデータを共有している。もつとも、財産開示では、証拠の収集に時間がかかるケースが少なくないため、審理の迅速化の観点からは、財産分与の申立人側の代理人が一覧表を作成している期間中も、これと並行して相手方代理人においても財産開示の準備に着手してもらうのが相当であろう¹⁵。

なお、財産一覧表の備考欄に双方が詳細な主張を記入してしまうと、一覧性が損なわれてしまうので、備考欄には簡潔に記入することを求め、詳細な主張(特有財産に関する主張や具体的な計算式等)については準備書面に記載した上で、詳細は「(原告第1準備書面p3参照)」等と備考欄に記入して、準備書面を引用する方法が合理的であろう。また、原告主張用と被告主張用に2つの備考欄を設ける方法や、枠が狭くなって見づらくなる場合は、備考欄は1つとした上で、そこに記入する際、冒頭に「(原告)」又は「(被告)」と明記することで記入主体を区分けする方法もある。

¹³ この場合は離婚調停申立日等を基準時とすることが考えられる。

¹⁴ 財産一覧表の書式及び注意事項は、東京家庭裁判所のホームページに掲載されている。
(http://www.courts.go.jp/tokyo-f/saiban/tetuzuki/zinzi_soshou/index.html)

¹⁵ ただし、各代理人がそれぞれ同時に一覧表に入力してしまうと、二系列のデータができてしまい混乱するため、次回期日までどちらが入力するかは注意する必要がある。

(2) 各代理人は、そうした財産一覧表の交換の中で、まだ開示されていない財産があると考えられる場合は、それをリストアップして、相手方に開示を求めることになる。相手方がこれに応じて開示すれば問題ないが、開示を拒否すると、逆に開示を求める側が、必要以上に探索的な調査嘱託を申し立てるなど、財産開示を巡って審理が紛糾し、これが審理の長期化の原因になる。特に預金口座等の金融資産については、その傾向が大きいように思われる。

(3) 預金口座について、金融機関を嘱託先として調査嘱託を求めるケースとして、①特定の金融機関において相手方名義の預金口座が存在するか否かの調査を求める場合（通常は併せて基準日の残高についても調査を求めている。）、②相手方名義の特定の預金口座について一定期間の取引履歴の調査を求める場合がある。いずれについても、探索的な調査嘱託は認められず、具体的な必要性が求められる。

上記①について、単に申立人本人の記憶に基づいて調査嘱託を申し立てたケースでは、それだけで直ちに採用できるものではないが、他の証拠から当該口座の存在がうかがわれる場合のほか、当該口座の存在について具体的・合理的な説明を行い、その存在について相応の根拠があると認められる場合、相手方が、正当な理由もないのに開示を拒否するなど、不誠実な対応をしている場合等には、必要性を認めて採用することも考えられる。

上記②については、より探索的傾向が顕著になるが、そもそも裁判所は、基準時の預金口座の残高を認定し、それに基づいて財産分与を判断するのであるから、預金口座の取引履歴については、原則として調査嘱託の必要性が認められない。

確かに預金口座について一定期間の取引履歴を調査すれば、新たに他の預金口座の存在が発見される可能性は否定できない。しかしながら、こうした可能性はあらゆる預金口座について存在するし、しかも、いったん取引履歴の調査を開始すると、それが繰り返されて収拾がつかない事態に陥ることは実務上よく見られる現象であり、他の預金口座が発見される可能性があるという抽象的な理由だけで必要性を認めることはできない。

預金口座の取引履歴について、どのような場合に例外的に調査嘱託の必要性を肯定できるか、明確な判断基準があるわけではないが、それまでの審理経過に照らし、既に開示された預金口座以外にも口座が存在する相当程度の蓋然性があるか（例えば、相手方が別居する直前に特定の預金口座から高額な金員が引き出されているが、その用途について合理的な説明がないケース、あるいは、相手方が高額所得者であるにもかかわらず、その支出状況を踏まえても、極めて低額の資産しか残存していないケースのように、他に隠匿されている可能性が大きい場合、被告が欠席して開示の協力がおよそ得られない場合等が考えられる。）、調査嘱託の対象である当該口座を調査すれば、隠匿財産の所在が明らかになる相当程度の蓋然性があるか、相手方において著しく不誠実な対応があるか（例えば、給与の振込口座、電

気代・水道代・ガス代・電話代の引落口座のように当然にその存在が推定される基本口座や、他の証拠から明らかにその存在が認められる預金口座について、正当な理由もないのに開示を拒否しているケースが考えられる。）、④申立人側の財産開示の程度等、これらの事情を総合的に考慮し、一定の範囲で採用することが考えられる。もっとも、そうした場合でも、その期間は限定的であろう。

- (4) 他方で、財産開示について著しく不誠実な対応に終始する相手方に対しては、裁判所において、開示を拒否する当事者の供述の信用性に影響する旨示唆し、それでも開示を拒否する場合は、弁論の全趣旨から、開示を求める側の主張する事実を推定せざるを得ない場合もある点を示唆して、開示を促すことも考えられる。

4 特有財産について

(1) 特有財産の立証について

(解説)

基準時に原告名義又は被告名義で存在する財産は、夫婦が協力して形成した財産（夫婦共有財産）と推定されるから（民法762条2項）、特有財産を主張する当事者において、特有財産であることを基礎づける事実（婚姻前財産、相続、親族からの贈与等）について立証する必要がある。

特有財産については、裁判所と代理人との間で判断枠組みに違いがあるケースが少なくないし、また、その審理に充てる期間を限定しないといつまでも続いてしまう傾向もあるため、裁判所としては、必要に応じて判断枠組みを示し、また、立証に必要な期間について意見交換し、できるだけその期間内で審理するのが相当である。

(2) 預金について

(解説)

ア 婚姻前の預金について

当事者が、基準時の預金残高には婚姻前の預金（特有財産）が含まれているとして、基準時の残高から婚姻時の残高を控除した差額部分が夫婦共有財産である（又は、基準時の残高が婚姻時の残高を下回る場合は、夫婦共有財産は存在しない¹⁶。）と主張することがある（A説）。こうした算定方法について当事者双方に異議がないのであれば、これを基礎に特有財産を認定することもできる¹⁷。もっとも、この算定方法が争われた場合、これを許容できるか、各事案において検討を要する。

確かに、①婚姻時から基準時までの間に、専ら入金が続いている場合は、残高が増加した部分が夫婦共有財産として特定できるし（婚姻時の残高はそのまま残存している。）、②婚姻時から基準時まで専ら出金が続いている場合も、基準時の残高

¹⁶ 例えば、婚姻時に残高100万円、基準時に残高80万円というケースにおいて、婚姻関係財産一覧表の主張額欄に「-20万円」と記載する例が散見されるが、この場合は、夫婦共有財産が存在しないものとして主張額欄に「0円」と記載するのが適切であろう。

¹⁷ こうした算定方法に関する合意は、審理の合理化との関係で極めて有益である。

が婚姻前の預金であると特定できるため（そもそも夫婦共有財産は入金されていない）、特有財産の認定は容易であり、こうした場合は上記算定方法でも問題はない。

しかしながら、③婚姻後に当該口座で入出金が繰り返されているような場合は、婚姻前の預金が夫婦共有財産と混在してしまうため、基準時の残高のうち、どの部分が婚姻前の預金（特有財産）であるのか、容易に認定できるものではない。すなわち、当該口座に夫婦共有財産である給与が振り込まれ、その後、同口座から金員が引き出された場合、その引き出された金員の原資が、婚姻前の預金であるのか、婚姻後の収入であるのか、いずれであるかを特定することは困難であり、しかも、こうした入出金が繰り返されていると、出金の原資を特定することは著しく困難又は不可能であり、当該口座の基準時の残高に特有財産が残存しているとは限らない。

上記③のケースにおいて、当該口座に婚姻前の預金と夫婦共有財産が併存する中で、出金に関し、婚姻後の入金から優先的に払い戻されているという経験則が成り立つのであれば、当該口座の基準時の残高には婚姻前の残高が残存していると認定することも許されよう。この点は、婚姻時の残高が100万円で、その後、増減を繰り返し最低額が50万円になった後、基準時の残高が80万円となったような場合には、最低額50万円の限度で特有財産を認める見解（婚姻時から基準時までの間の最低額の限度で特有財産を認定する見解〔B説〕）でも同様である。

確かに、婚姻時からそれ程の年月が経過していない場合は、婚姻生活の費用は、夫婦共有財産を構成する婚姻後の収入から優先的に支出するのが当事者の通常の意味と推認され、こうした場合は、上記の各見解（A説・B説）には合理性が認められる。

しかしながら、婚姻後に入出金を繰り返すうちに、次第に婚姻前の残高と婚姻後の収入という区別の意識は希薄となるため、婚姻時から相当の年月が経過した時点では、必ずしも婚姻後の入金から優先的に支出しているという意思を推認できるとは限らない。特に婚姻後に長期間が経過し、その間の入金額が累積して婚姻時残高を大きく上回るようになると、基準時の残高における婚姻時の残高の影響は極めて小さくなるため、基準時の残高に婚姻時の残高が残存しているという意識は更に希薄になるのではないかとと思われる。

そのため、仮に上記の各見解に立つとしても、婚姻時から長期間が経過し、その間に入出金が繰り返されているような場合は、注意が必要であろう。

この点、婚姻時から基準時までの間に支出された金員の全てについて婚姻時の残高から優先的に払い戻されたと仮定しても（特有財産を主張する側に最も不利に仮定しても）、なお婚姻前の金員が残存していると計算できる場合は、その限度で特有財産を認定する見解（C説）もある（この見解によると、上記の各見解の問題点に対しても合理的な説明が可能であろう。）。

ただし、この見解によると、婚姻時から基準時までの全期間の取引履歴を審理す

る必要が生じることになるが（この点は、上記の中間最低額を限度とする見解（B説）でも同様である。）、特に婚姻期間が長期に及ぶ場合は、相当困難な作業を伴うことになる。

他方で、婚姻時から基準時までには相当長期間が経過し、その間に入出金が繰り返されているような場合は、特有財産性を喪失し、全体として夫婦共有財産であると評価することも考えられる（〔D説〕こうした場合は、婚姻前の預金残高部分についても特有財産として管理処分する意思を喪失し、夫婦共有財産として費消しているとも考えられる。）。

もっとも、こうした場合でも、婚姻時の残高が大きく、婚姻後の累積的な入金額が相対的に見て小さいといえるような場合は、当事者の意識としては基準時の残高には婚姻前の預金が残存していると考えられるであろうし、基準時の残高全体を夫婦共有財産として財産分与の対象にするのは公平の観念に反する場合もあることに鑑みれば、上記のような事情がある場合にD説をそのまま採用するのは相当ではないこともあろう。

以上から、いずれの見解によるかは事案に応じて考えることになろうが、婚姻時から長期間が経過し、その間に入出金が繰り返されているような場合には、婚姻時の預金残高がそのまま特有財産として残存していると認められるケースは限定的ではないかと思われる。また、婚姻期間が長期に及ぶ場合において、特有財産の審理のために各口座の取引履歴を調査するとなると、それだけでも膨大な作業と時間が必要なことも少なくない。こうした立証上の問題点と費用対効果も考えると、裁判所と代理人の間で、当該事案において、預金残高に含まれる特有財産についてどこまで追究して審理するのか協議し、場合によっては双方の預金残高の特有財産について共通の算定方法を合意するなど（算定方法の合意の活用）、審理の合理化の観点からも考える必要があるのではないかと思われる。

イ 親族からの相続又は贈与について

ところで、以上とは別に、当該口座に親族から相続し又は贈与を受けた金員が入金されているとして、特有財産を主張するケースがある。

この場合は、まず入金された金員の原資が親族の資産であることを立証する必要がある（なお、親族の口座から当該口座に振替入金されている場合はよいが、親族の口座からいったん払い戻されて現金化された後、これを手渡しで交付し、当該口座に入金しているような場合は、日時が近接していない限り、原資の立証は難しいであろう。）。

そして、このケースでも、その後に当該口座において入出金が繰り返されている場合は、上記婚姻前預金の場合と同様に夫婦共有財産との混在の問題に直面する。もっとも、親族から相続又は贈与を受けた金員については、一時的に当該口座に入金し、それ程期間が経過しないうちに他の口座に移動させているような場合は、い

わば当該口座を通過しているだけであり、特有財産としての特定性は維持されているのではないと思われる。

(3) 生命保険について

夫婦の一方が婚姻前から保険料を支払っている場合は、特有財産部分があるため、別居時の解約返戻金相当額から特有財産部分を控除することになる。通常は、次の計算式で算定する。

(計算式) 財産分与対象額＝基準時の解約返戻金相当額×婚姻後の同居期間(婚姻時～基準時)÷契約期間(契約時～基準時)

そのため、基準時の解約返戻金額(通常は保険証券では明らかではないため、保険会社に照会して証明書を入手する必要がある。)のほか、保険契約の締結時を立証してもらう必要がある。

(4) 退職金について

実務的には、別居時に自己都合退職した場合の退職金相当額から婚姻前労働分を控除した形で計算している。通常は、次の計算式で算定する。

(計算式) 財産分与対象額＝基準時に自己都合退職した場合の退職金相当額×婚姻後の同居期間(婚姻時～基準時)÷(入社日～基準時)

そのため、基準時の自己都合退職金相当額のほか、入社日を立証してもらう必要がある。

なお、定年退職が比較的近い場合は、定年退職金相当額(予定額)に、全勤務期間(定年までの予定期間を含む。)中に同居期間が占める割合を乗じた額から、中間利息を控除したものを分与対象財産とする方法もあり、次の計算式で算定される。

(計算式) 財産分与対象額＝定年退職金相当額×婚姻後の同居期間(婚姻時～基準時)÷全勤務期間×定年退職時までの年数のライブニッツ係数

(5) 不動産について

ア 夫婦の一方が婚姻後で基準時前に取得した不動産であれば、登記上の所有名義にかかわらず、夫婦共有財産であると推定され、不動産の取得の際、共有名義とした場合も、その登記上の持分割合にかかわらず、当該不動産全部について夫婦共有財産であると推定される。

ところで、不動産の購入に際し、夫婦の一方が、特有財産の出資による特別の貢献があると主張する場合がある。具体的には、夫婦の一方が、不動産の購入原資として、婚姻前の財産、親族から贈与された財産又は相続財産を頭金に充当したという事案が考えられる。

上記のケースのうち、夫婦の一方の親族から贈与を受けてこれを原資としている場合、これが夫婦の一方に対する贈与であるか(この場合は特有財産部分になる。)、夫婦双方に対する贈与であるか(この場合は夫婦共有財産になる。)、事実認定が問題となることがある。この場合、贈与の事実を直接推認できる書面

が存在することはあまりないが、贈与税申告等の税務申告の有無、取得不動産の取得名義（贈与された原資に対応する割合で共有持分とされている場合は、夫婦の一方に対する持分として考慮されている可能性がある。）、住宅ローンの債務者の名義、援助金額の多寡、他の配偶者も特有財産を原資としているかなども考慮して、いずれに対する贈与であるかを認定することになるが、実務的には、親族としては自らの親族である配偶者に対する援助として贈与している事例が多いように思われる。

次に、不動産の購入原資として特有財産からの出資が認定できる場合の算定方法として、①特有財産を出資した部分について、当該財産の形成についての寄与度として評価する方法もあるが（この場合は、全体的な分与割合（原則50%）とは別に当該財産について個別の寄与度が評価されるが、計算過程が煩雑となる。）、実務的には、②当該不動産のうち特有財産を原資とする部分を特有財産部分として割合的に控除し、残余部分のみを分与対象財産とする方法を適用している。具体的には、不動産現在価格（口頭弁論終結時の価格）のうち、取得時の購入価格中に特有財産出資額が占める割合を特有財産部分として割合的に考慮し、不動産現在価格からこれを控除した残額を分与対象財産としている。計算式は、原則として、次のとおりである。

（計算式） 特有財産部分＝不動産の現在価格×特有財産出資額÷不動産の購入価格（＝頭金＋住宅ローン元金） 分与対象財産額＝不動産の現在価格－特有財産部分

そのため、特有財産の主張者において、頭金の原資として特有財産から支出した事実のほか、購入時の売買価格、現在の価格を立証してもらう必要がある。

イ 婚姻後に特有財産で繰上げ返済したケースについて

夫婦の一方当事者が、婚姻後の同居期間中に特有財産を原資として住宅ローンの繰上げ返済をしているケース（夫婦の一方が親族から相続した金員を支払い原資としたケース等が考えられる。）では、特有財産を原資とするローン繰上げ返済分について、残ローンの元金減少額を限度として考慮するのが相当であろう。

ウ 特有財産の住宅ローンを婚姻後の収入で返済したケースについて

特有財産である不動産について、婚姻後の収入で住宅ローンの弁済を継続した場合において、当該部分について夫婦共有財産として分与対象になる旨主張されることがある（例えば、夫婦の一方が、婚姻前に購入した不動産及び住宅ローンは、同人の特有財産及び固有の負債であるが、婚姻後も同人の給与から住宅ローンを支払い続けていたケースが考えられる。）。この場合は、特有財産である不動産の現在価格中、婚姻後の住宅ローン元金減少額が購入価格に占める割合の限度で夫婦としての経済的協力関係に基づく共有財産部分と評価する方法が相当ではないかと思われる。計算式は、次のとおりである。

(計算式) 分与対象財産額 = (不動産の現在価格 - 別居時のローン残高) × (ローン元金減少額 ÷ 不動産の購入価格) ※ローン元金減少額 = 婚姻時ローン元金残高 - 別居時ローン元金残高

(6) 負債について

資産については、夫婦の共有に属するものと推定されるため(民法762条2項)、特有財産である旨を主張する当事者がその立証を要するが、負債については、婚姻期間中に夫婦の一方の名義で負担した債務であるとしても、日常家事債務(民法761条)に該当しない限り、当然に夫婦共同で負担する債務となるものではない。しかしながら、日常家事債務に該当しない負債でも、住宅ローン等のように、①夫婦共同生活の維持のために負担した債務又は②夫婦共有財産の形成のために負担した債務については、財産分与において負債として考慮するのが相当である。他方で、婚姻期間中に負担した負債でも、ギャンブルの関係で生じた借金など、婚姻生活維持に関係のない負債については、財産分与において考慮するのは相当ではない。

5 財産の評価について

財産分与対象財産の評価は、口頭弁論終結時の時価を基準とする。

(1) 不動産について

原則として、口頭弁論終結時の時価で評価する。鑑定には費用がかかるため、実務的には、当事者が提出した不動産業者の査定書をもって評価額を算定している。本来なら口頭弁論終結時に直近の査定書が望ましいが、上場会社の株式ほどの価格変動はないのが通常であるから、査定書の提出から長期間が経過していない限り、口頭弁論終結時の時価と推定してよいと思われる。また、各当事者が提出した査定書の金額が異なる場合でも、両者の間にそれ程の乖離がなく、いずれの査定書も特段不合理とは言えない場合には、両者の平均値をもって評価額とすることも許容されよう。

他方で、別居後、口頭弁論終結時までには売却された場合は、不当廉売¹⁸と認めるべき特段の事情がない限り、実際の売却価格から手数料等(仲介手数料、抵当権抹消登記費用、印紙代等)の費用を控除した残額で評価している。なお、不動産の評価額に関して当事者間で意見が対立し、鑑定費用の捻出も困難という場合において、当該不動産を売却することで不動産の評価の争いを解消することも実務的には行われている。

(2) 住宅ローン付不動産について

上記のとおり、不動産については口頭弁論終結時の時価をもって評価するが、住宅ローンについては、対象財産確定基準時(別居時)の債務残高で評価し、これを

¹⁸ 不当廉売の場合には、売却時の適正な評価額を証拠により認定する必要がある。

上記不動産価格から控除する¹⁹。

ところで、住宅ローン付不動産について、不動産と住宅ローンを一体として評価し、オーバーローン不動産についてはこれを無価値とみて、債務も含めて分与対象財産から外し、他の分与対象財産を清算するという見解もある。しかしながら、この見解では、当該不動産の価格を、他の資産・負債から切り離して純資産額で評価していることになるが、他に資産・負債がある場合にも、当該不動産及び住宅ローンだけを個別に取り出して計算する点で、本来、財産分与が全資産・全負債を総合考慮して算定するものであるにもかかわらず、当該不動産のみ切り離すことに合理性があるのか疑問がある。

現在の実務では、住宅ローン付不動産について、不動産は資産として、住宅ローンは負債として、個別に評価し、それぞれ他の資産・負債とは切り離さず、総資産と総負債を通算して財産分与額を算定し、オーバーローン不動産の負債についても、債務超過額を他の資産と通算している。

(3) 預貯金について

預貯金については、別居時の残高で算定する。この場合も、財産評価の基準時は口頭弁論終結時であるが、実務的には、極端なインフレ又はデフレでもない限り、貨幣価値の変動による修正はしておらず、別居時の残高をもって口頭弁論終結時の金銭の価値と同視している。

(4) 株式について

株式については、原則として、口頭弁論終結時の評価額で算定する。上場会社の株式については、株価の変動が激しいし、比較的容易に時価を立証できるから、実務的には、口頭弁論終結時に近接した時期に株価評価を立証する証拠を提出していることが多い。もっとも、両当事者が既提出の証拠で時価を算定することに異議がないのであれば、あえて直近の証拠を提出する必要はないものと思われる。また、株式についても、別居後、口頭弁論終結時までには売却された場合は、売却価格（手取額）で評価している。

他方で、小規模閉鎖会社の株式については、市場の相場がないため、実務的には、口頭弁論終結時に近い時期の決算報告書を提出してもらい、純資産額方式で株価を算定している。

6 寄与度（清算割合）

夫婦共有財産の清算割合については、原則として相等しいものとするのが相当であ

¹⁹ 住宅ローンについて、対象財産確定基準時（別居時）の債務残高で評価するのが通常である（後掲秋武＝岡180頁参照）。対象財産確定基準時（別居時）までの返済については、夫婦の経済的協力関係による貢献と評価できるが、その後の返済については、夫婦の協力による貢献があるとは考え難いからである。夫婦の一方の名義の住宅について、別居後の同人名義の住宅ローンを支払い続けたとしても、それは同人が自己の資産を形成しているにすぎない。

り（いわゆる「2分の1ルール」）、これとは異なる清算割合（寄与度）とするには、夫婦の一方がその必要性・相当性を具体的に主張立証する必要がある。そして、上記清算割合を修正する場合がないわけではないが、極めて稀ではないかと思われる。この点、実務上、配偶者の一方から、他方が家事労働を怠っていたとして、大量に日々のエピソードを集約して主張立証しようとする事例が散見される。しかしながら、仮にそうした事実が認定できたとしても、それが夫婦共有財産の形成にどの程度影響しているのかまで認定できるものではないし、そうした主張立証はあまり意味がないように思われる。他方で、夫婦の一方が著しい浪費によって明らかに夫婦共有財産を消失させているような場合は、一定の範囲で基準時における夫婦共有財産の形成について因果性を認定できる場合もあるため、そうした場合は寄与度を減殺する余地もあろう。

第5 親権者の指定の審理上の留意点について

1 親権者の指定の審理について

裁判所は、離婚訴訟の判決において離婚請求を認容する際、未成年の子がいる場合は、当事者の申立てがなくても、職権で親権者を指定しなければならず（民法819条2項、人事訴訟法32条3項）、当事者による申立ては裁判所の職権発動を促すものにすぎない。なお、子が15歳以上であるときは、親権者の指定の裁判に当たり、その陳述を聴かなければならない点には注意を要する（人事訴訟法32条4項）²⁰。親権者の指定が争われた場合、裁判所は、第1回口頭弁論期日（又は実質答弁の期日）において、非監護親が親権を主張している真意やその背景事情等を確認し²¹、監護親の監護状況の問題点等どのような点を今後具体的に主張立証するのかを聴取し、代理人との間で今後の審理方針について意見交換することも有用である。この意見交換は、裁判所が、家庭裁判所調査官による調査が必要な事案か否かの見込みを立てるためにも、財産分与の審理計画を立てるためにも有用である。

親権者の指定については、子の利益の観点から、父母のいずれを親権者とするのが

²⁰ 子からの聴取の具体的な方法として、実務的には、子の意向・心情を書面にしたものを陳述書として提出させ、これで足りる事案が多いが、子の真意ではないと争われるケースでは、家庭裁判所調査官による調査の要否も検討を要する。

²¹ 代理人に真意を確認すると、親権については諦めているが、面会交流を実現したいというケースも少なくない。こうした場合は、親権を中心に審理するよりも、別途面会交流の調停の申立てを促すのが相当であろう。

適切かを判断するが²²、親権者の指定が実質的に争われる場合²³、一般的には、監護親側では、①子が現在監護されるに至った経緯（別居に至る経緯）、②子が出生してから現在までの具体的な監護の状況、③監護親の現在の健康状態、稼働状況、経済状態、④子の生活状況、学校等での様子、健康状態、⑤監護補助者の有無及び監護補助の態様・程度、⑥自らが親権者としてふさわしい理由、⑦相手方が親権者としてふさわしくない点があればその理由、⑧今後の監護方針等を主張し、他方で、非監護親側では、①別居に至る経緯、②子との同居中の具体的な監護の状況、③面会交流の状況、④非監護親の現在の健康状態、稼働状況、経済状態、⑤監護補助者の有無及び期待できる監護補助の態様・程度、⑥自らが親権者としてふさわしい理由、⑦相手方が親権者としてふさわしくない点があればその理由、⑧今後の監護の方針等を主張することになる。そして、こうした主張を裏付ける書証としては、母子手帳、診断書、保育園の連絡帳や学校の通知表、写真、手紙、源泉徴収票、子の監護に関する陳述書²⁴等があるほか、関連する調停・審判で行われた家庭裁判所調査官による調査報告書も有用である²⁵。

裁判所は、いずれを親権者に指定するか、上記諸要素を比較衡量して総合的に判断

²² 親権者の指定が争われていても、当事者の主張に照らすと、非監護親が監護親による監護の現状について漠然とした不安を訴えるにとどまり、自らが親権者になった場合の具体的な監護態勢の計画もなく、監護補助者の協力を得られる見込みもないような場合であれば、親権者の指定について特段の審理をしなくても、離婚原因等に関する陳述書と本人尋問の際に、親権に関する事情も必要に応じて調べるだけで足りる場合が多いであろう。

²³ 非監護親が親権者の指定を争う場合でも、その真意は、親権者を相手方（監護親）に指定することもやむを得ないが、子との面会交流を確保するためそのルール化を求めているというケースも少なくない。また、こうした意向から、附帯処分として面会交流を求めるケースも少なくない。確かに、制度的には面会交流の申立ても子の監護に関する附帯処分として認められている。しかしながら、面会交流を実質的に審理するのであれば、試行的面会交流のほか、当事者・子・その他の関係者に働きかけ、調整する作業が不可欠であるが、離婚訴訟では、家事調停・家事審判とは異なり、家庭裁判所調査官による期日立会や環境調整等のための措置が認められていないため（人事訴訟法には家事事件手続法59条のような規定はない。）、裁判所においてきめ細かな調整をすることはほぼ不可能であり、仮にできるとすれば、そうした調整はないまま、具体的な条件を定めずに月1回程度の面会交流を認めるなど、抽象的な形でしか判断を示せないであろう。そのため、こうしたケースでは、双方代理人の協力による調整によって、訴訟上の和解で解決できる見込みがある場合はそれによるとして、それが困難な場合は、離婚訴訟と並行して別途面会交流調停を申し立てるよう促すのが相当であろう。

²⁴ 子の監護に関する陳述書の記載に当たっての注意事項、記載項目及び具体的な記載例は、いずれも東京家庭裁判所ホームページに掲載されている（もっとも、事案によるので、全ての事案において、ここまで詳細な記載が必要というわけではない。）。

(https://www.courts.go.jp/tokyo-f/saiban/tetuzuki/zinzi_soshou/index.html)

²⁵ 監護者指定又は面会交流の調停・審判において家庭裁判所調査官の調査が行われていると、これを離婚訴訟において書証として提出することで、改めて調査官調査をする必要がない場合もある。ただし、当該調停・審判の調査報告の時点から相当期間が経過している場合のほか、相当期間が経過していないが基礎事情に重要な変化がうかがわれる場合は、改めて離婚訴訟において調査を検討する必要がある。

することになるが、その際の基準として、①主たる監護者、②監護の継続性、③子の意思の尊重²⁶、④面会交流の許容性、⑤きょうだい不分離²⁷、⑥監護開始の違法性²⁸等が挙げられる²⁹。

このように当事者の主張立証に基づいて、上記の諸要素、基準を踏まえて審理すると、親権者の指定について比較的容易に判断できる事案も少なくない。こうした場合にはあえて家庭裁判所調査官による事実の調査までする必要はないであろう。

2 事実の調査について

裁判所は、親権者の指定についての裁判をするに当たり、事実の調査をすることができる（人事訴訟法33条1項）、事実の調査は、証拠調べの手続によらずに裁判所が自由な方式で裁判資料を収集することを指す概念であり、その方法は限定されておらず、裁判官による審問もあるが、実務的には主として、家庭裁判所調査官による事実の調査（人事訴訟法34条）が行われている。

ただし、離婚訴訟において、事実の調査ができるとしても、訴訟手続において審理・判断されるという手続構造に照らし、基本的には、当事者の主張立証によるべきであって、当然に事実の調査が行われるものではなく、「審理の経過、証拠調べの結果その他の事情を考慮して必要があると認められるとき」に行うものとされ（人事訴訟規則20条1項。補充性）、また、家庭裁判所調査官に事実の調査をさせるときは、事実の調査を要する事項を特定する必要があるとされている点（同条2項。特定性）には留意する必要がある。³⁰

もっとも、以下の事情が存在する場合は、家庭裁判所調査官による事実の調査の必要性を特に考慮すべきであろう。第1に、子が置かれている状況に関し、①原告と被告が交替で監護している、②原告と被告が同居中で監護している、③子が児童相談所に関与又は児童福祉施設に入所中である、④きょうだい分離で監護している、⑤原告

²⁶ 未成年者の年齢が高くなるに従い、親権者の指定の判断において、子の意向の比重は高くなるのではないかと思われる。

²⁷ 子らの情緒の安定を図る点でも、きょうだい不分離は望ましいとはいえるが、親権者の指定の一考慮要素にすぎず、個々の子ごとに父母のいずれを親権者に指定するのが子の福祉に合致するかを個別具体的に検討する必要がある（東京高決令和2年2月18日参照）。

²⁸ 監護開始において、有形力の行使、詐欺的な連れ去り、面会交流の合意に反する態様がある場合は、親権者としての適格性に疑義が生ずるし、特に有形力の行使の場合は、奪取行為が子の心身に影響を与えることも考慮する必要がある。もっとも、これも一考慮要素にすぎず、子の年齢やその意向、連れ出すに当たっての具体的な経緯及び態様を総合的に考慮し、生活環境の変化が子に与える影響（生活環境の継続性）とを併せて判断することになる。 （後掲中山155頁参照）

²⁹ 後掲秋武＝岡137頁以下

³⁰ 家事審判手続では、その後見的な手続の性格から、上記のような補充性と特定性は定められていないが、人事訴訟における附帯処分は、審判事項であるとはいえ、その手続は、手続の透明性及び当事者への手続保障を基本原則とする訴訟手続によるため、上記の補充性と特定性が定められている。

と被告が子の親権の押し付け合いをしているという状況がある場合、第2に、当該人事訴訟に並行して、子の監護者の指定、子の引渡し、面会交流の調停又は審判事件が係属している場合、第3に、過去に夫婦関係調整調停、子の監護者の指定、子の引渡し、面会交流の調停・審判において、調査官調査が実施されているが、その後、相当期間が経過している場合、又は調査後に事情の変更がうかがわれる場合には、その他の事情も考慮した上で、家庭裁判所調査官による調査の可否を判断するのが相当であろう。

3 家庭裁判所調査官による調査

調査命令の発令時期については、事実の調査の終了後も他の争点整理（特に財産分与に関する争点整理）に時間を要してしまうと、子の監護の現状や子の意向・心情について最新の情報が反映できないおそれがあるため、基本的には、財産分与等の争点整理が終了した後で、人証調べを実施する前に発令するのが相当であろう。もっとも、財産分与の審理の遅延のために親権者の指定の審理まで遅延することが許されるものではないから、家庭裁判所調査官の調査が見込まれる事件については、特に財産分与の争点整理を早期に終了できるように、当初の審理計画でその終了時期の見込みについて裁判所と代理人との間で認識を共有化³¹、事案と状況によっては、財産分与の争点整理の途中でこれと並行して調査に入ることもやむを得ないのではないかと思われる。

ところで、家庭裁判所調査官による調査は、事実の調査の方法として行う以上、調査事項と調査方法については裁判所が職権で判断するものであり、当事者の意向に応じて決める性質のものではない。もっとも、家庭裁判所調査官による調査は、強制力を有さず、関係者の任意の協力があってはじめて功を奏するものであるから、円滑な調査のためには、当事者と調査の日程・方法等について打合せが必要である。

実務的には、裁判官は、調査命令の見込みがある場合は、期日間に記録を家庭裁判所調査官に見てもらい、調査の可否のほか、調査事項及び調査方法等を検討してもらい、その検討結果が裁判官に報告されると、争点整理手続等の期日において、裁判官が、双方代理人に対し、調査命令の発令を予告し、その後、裁判官、家庭裁判所調査官及び書記官において、調査内容、調査方法、調査報告書の期限等について打合わせを行い、裁判官又は書記官から双方代理人に対して電話で調査命令の発令とその内容を連絡している。

4 調査事項及び調査方法について

調査事項としては、①子の監護状況（監護親による子の監護の現状が子の福祉に適うものであるか否か）、②監護態勢（非監護親の監護態勢が子の福祉に適うものであ

³¹ 財産分与の審理が長期化すると、家庭裁判所調査官による調査も遅延してしまうという点について示唆し、双方の当事者本人にこうした問題意識を共有させると、審理の合理化の点で相応の効果があるように思われる。

るか否か)、③子の意向・心情、④親権者指定(原告又は被告のいずれを子の親権者として指定するのが相当か)等が挙げられる³²。なお、監護親による監護に重大な問題が見られる場合、夫婦が同居したまま訴訟に至っている場合、夫婦が交替で子を監護している場合、非監護親にも相応の監護実績がある場合等において、監護親の現在の監護状況及び非監護親の監護態勢等を把握するだけでは親権者の指定について判断に困難を来すケースも存在し、そうしたときは上記④を調査事項にすることもあり得るが、実務的にはこれを調査事項とするケースはほとんど見られない。

調査方法については、上記①では、監護親の面接調査、監護補助者の面接調査、非監護親の面接調査(特に面会交流をしている場合等)、監護親宅の訪問調査が、上記②では、非監護親の面接調査、監護補助予定者の面接調査、非監護親宅の訪問調査が、上記③では、子の年齢に応じて子の面接調査が³³、事案に応じて行われている。なお、子の監護状況や監護態勢等を的確に評価分析するため、必要に応じて、保育園・幼稚園・小学校等の関係機関の調査、児童相談所職員・医師等に対する面接調査を行い、関係機関の関与の実情や関係機関が把握する子の監護状況、子の生活状況、子の心身の状況等も調査している。

第6 尋問について

東京家庭裁判所家事6部では、これまで原則としていわゆる40分ルール(原告本人尋問が、主尋問20分、反対尋問20分、被告本人尋問が、主尋問20分、反対尋問20分)で運用されている。外国人で通訳を要する事件、財産分与で細部を尋問する事件では、適宜時間を増やすこともあるが、通常の事件では、持ち時間制(自己の申請に係る人証の主尋問と相手方の申請に係る人証の反対尋問を合わせて40分とすることで尋問時間の流用を可とする。)を利用することで、離婚訴訟では主尋問・反対尋問を合わせて1人40分を超える尋問時間を要するような事件は少ないように思われる。

なお、特に離婚訴訟の場合、本人に長々と供述をさせてしまう形で尋問をするケースが時折見られるが、これでは供述の中に関係のない事項が混在し、心証も取りにくいのであって、尋問の際は特に一問一答を心掛ける必要があるように思われる。

第7 和解について

離婚の訴えに係る訴訟については、訴訟上の和解が認められている(人事訴訟法37条)。そのため、「原告と被告は和解離婚する。」旨の和解条項による訴訟上の和解が成立し、調書に記載されると、直ちに実体法上離婚の効果が生じ、当事者による戸

³² 後掲小河原40頁

³³ 子の意向・心情の調査については、非言語的情報も観察する必要から、通常は対面での面接調査が行われている。

籍の届出も報告的届出である。

訴訟上の和解による離婚は、身分行為そのものであるというべきものであって、和解成立時の当事者の離婚意思を慎重に確認することが求められる。そのため、訴訟上の和解による離婚については、和解条項案の書面による受諾（民事訴訟法264条）や裁判所等が定める和解条項（同法265条）の規定は適用されず（人事訴訟法37条2項）、電話会議・ウェブ会議を用いた弁論準備手続期日及び和解期日において和解の成立が認められていない点（人事訴訟法37条3項）³⁴には注意が必要である。

ところで、離婚訴訟では、調停において協議が調わなかったものが提訴されているため、基本的には、当初から和解勸試をするというよりも、双方当事者に主張立証を尽くさせ、裁判所が心証を形成した上で、これに基づいて調整しないと和解の成立は難しいと思われる。実際の離婚訴訟においても、審理を尽くしていない段階で和解を試みたために、当事者の納得感が得られず、和解交渉が原因でその後の審理が長期化している事件も少なくない。そのため、基本的には、裁判所が、主たる争点について心証を形成し、人証調べを除いて判決できる状態に至った段階で和解交渉に入るのが望ましいと考えられる。

もつとも、事件によっては、審理を最後まで尽くしてしまうと（特に本人尋問までしてしまうと）、和解による紛争解決が難しくなる事案もあるし、代理人において、書面には書けないが和解に向けた具体的な見込みを有している事案も少なくない。そのため、審理の早期において（場合により第1回口頭弁論期日において）、代理人から和解に関して意見を聴取し、そうした中で、和解勸試の時期、想定される解決の在り方、当事者の属性、和解において隘路になる事情（当事者の資力や家族の事情等）について、意見交換の結果、まだ審理を尽くしていない段階でも和解の成立が見込まれるか、少なくとも和解に向けて急いだ方がよい事情がある場合は、争点整理手続の途中でも早期に和解交渉に入ることはあり得るし、審理と並行して代理人に和解の準備作業をしてもらうことも考えられるであろう。

また、離婚訴訟では、特に財産分与において、和解でなければ解決できない事案が少なくない点にも留意が必要である。例えば、①夫婦の一方の名義の住宅ローン付不動産について、現に居住している相手方が取得を希望する事案、②財産分与では、基準時（別居時）における双方の名義の資産・負債を基礎に財産分与額を算定するが、口頭弁論終結時の時点ではその支払原資がないため、居住している不動産を売却する必要がある事案、③夫婦で不動産の共有持分を有しペアローンを組んでいて、不動産を売却するのが相当な事案、④夫婦の一方の親族の土地上に相手方名義の住宅ローン付不動産が建築され、その夫婦の一方やその親族がその不動産に居住しているような事案、⑤子が幼少である又は受験期にあるため、夫婦の一方が相手方名義の住宅ロー

³⁴ 令和4年法律第48号による人事訴訟法の改正により、令和7年5月までに、ウェブ会議を用いた離婚・離縁に関する和解の成立が可能となる予定である。

ン付不動産に一定期間居住することを希望する事案など、和解による解決が望ましい、あるいはそもそも和解でなければ解決できない事案が少なくない。こうした点からも、直ちに和解交渉に入ることができない事案でも、常に紛争の解決の仕方を意識した上で、記録上現れない事情を含めて、代理人との間で早い段階から意見交換をしておくことが肝要と思われる。

【参考文献】

- 小河原寧「人事訴訟の審理の実情」〔第2版〕（判例タイムズ・2023年）
秋武憲一＝岡健太郎編「リーガル・プログレッシブ・シリーズ 離婚調停・離婚訴訟〔四訂版〕」（青林書院・2023年）
松本哲泓「離婚に伴う財産分与」（新日本法規・2019年）
蓮井俊治「財産分与に関する覚書」（ケース研究329号・2017年）
伊藤由紀子「人事訴訟－停止させない審理のヒント」（家裁月報65巻7号・2014年）
山本拓「清算的財産分与に関する実務上の諸問題」（家裁月報62巻3号・2010年）
橋詰英輔『離婚訴訟の計画的・迅速な審理に向けた一考察』（「家庭裁判所の家事実務と理論」日本加除出版・2021年）
中山直子『監護者の指定について～「子の利益」再考察』（「家庭裁判所の家事実務と理論」日本加除出版・2021年）

【意見交換会参加者一覧（令和6年3月25日）】

東京家庭裁判所家事第6部

部総括判事 遠藤東路
判事 川嶋知正
特例判事補 片岡頭一

東京弁護士会

弁護士 鈴木敦士（2023年度副会長）
弁護士 中條秀和（民事訴訟問題等特別委員会副委員長）
弁護士 長森 亨（法制委員会〈家事法制部会〉幹事）

第一東京弁護士会

弁護士 北村聡子（2023年度副会長）
弁護士 飯田豊浩（家事法制委員会委員長）
弁護士 中山美恵子（家事法制委員会副委員長）

第二東京弁護士会

弁護士 大森啓子（2023年度副会長）
弁護士 古谷有実子（家事法制委員会委員長）

弁護士

中本有香（家事法制委員会副委員長）

弁護士

金ヶ崎絵美（家事法制委員会副委員長）