第９　調停手続の終了

33　合意の成立と調停成立

Q　当事者間に合意が成立すれば、調停成立なのでしょうか。

A　成立した合意が相当でないと認められる場合は、むしろ調停不成立とすべきです。離婚等の身分行為について、当事者本人が調停の席上でした合意ではなく、書面又は代理人による場合は、改めて本人の出頭を求めるか、24条審判で終わらせることになります。法23条事項について申立てどおりの合意ができた場合は、調停成立ではなく、これを相当とすることが確認されたうえで、23条審判という方法で終わらなければなりません。

解　説

１　相当でない合意と調停不成立

調停不成立は、合意ができない場合だけでなく、合意ができる見込みがない場合や、成立した合意が相当でないと認められる場合にも、調停委員会ないし家事審判官等の判断によってされる措置です（家審規138の２）。その例として、公序良俗に反する合意は当然のこととして、子を家の跡取りとするためだけに監護養育しない側の親を親権者と定める、特に事情もないのに親権と監護権を分離して離婚する、特に変更を相当とする事情もないのに親権者を変更する、特に事情もないのに調停離婚を避けて協議離婚をする、もともと実行不可能なことが明らかな合意、どうみても困窮に付け入り足下を見てふっかけたと思えるような過大又は過小な給付の合意、第三者に義務を負わせる合意等が考えられます。

上記の規則においては、「調停が成立しないものとして、事件を終了させることができる。」と裁量があるかのような表現がされていますが、成立した合意が相当でないにもかかわらず、調停を成立させるというのは不適切、不合理なことであるので、調停委員会ないし家事審判官等に、合意にとらわれず調停不成立の措置をとることができる権限を与えたものと読むべきです。

2　本人の出頭によらない合意

離婚・離縁といった身分行為に関して調停成立の前提となる合意は、当事者本人が調停の席上でしたものでなければなりません。書面を提出して合意したとか、代理人である弁護士や成年後見人等において合意したというような場合は、改めて本人の出頭を求めることが相当であり、これによることが困難な事情があるとき、例えば当事者が傷病者や遠隔地居住者である場合などには、24条審判（家審24）の方法をとり、本人に送達して（代理人による合意の場合に代理人にのみ送達しても、あまり意味がありません。）、異議申立ての機会を確実に与えて、本人の意思による合意であることを担保すべきです。

3　法23条事件について

法23条事件について申立てどおりの合意ができた場合は、もともと合意だけで調停成立として終わることは想定されておらず（家審21②）、その合意が事実関係を調査などしたうえでも正当と認められると家事審判官が判断して、23条審判という方法で終了させなければなりません（家審23）。もっとも、法23条事項に関する調停でも、申立てどおりに身分関係を形成、確認するような内容ではない合意ができた場合には、調停成立という方法で終了することもありうると考えられます。例えば、離婚無効の申立てに対して離婚届を追認するとか、親子関係不存在確認の申立てに対し、これが存在する前提で扶養料を支払うと合意するような場合です。申立てどおりの合意でない場合は、乙類調

停や一般調停として改めて申立てをしてもらうのが、手続上明確ではありますが、必ずしもその必要はないのではないでしょうか。もっとも、申立てどおりに身分関係を形成、確認するとともに、付随的な合意もするという場合は、付随的な部分は23条審判の対象にはなりませんから、改めて申立てをしない場合には、その部分についてはあたかも調停手続内の中間的合意と同様に、調停調書に記載されるべきこととなります。ちなみに、調書に記載された合意は、その期日において調停手続が終了する場合に限らず、確定判決又は確定審判と同一の効力を有するものと考えられます（家審21①の趣旨）。

34　合意ができない場合と調停不成立

Q　申立てどおりの合意ができなければ、直ちに調停不成立なのでしょうか。

A　申立てどおりでなくとも何らかの合意ができないかが検討されるべきで、これができれば調停成立ということもあります。また、事案の内容からみてどうみてもこの結論が相当だと考えられるようなときには、調停不成立の措置をとらずに、24条審判で終わることも検討されるべきです。事案によっては、合意できない部分だけ審判手続に移行させたり、取下げ等で終わらせる方がよいことも考えられます。合意の見込みを議論する以前の点で支障があるときは、調停をしない措置等の問題です。

解　説

1　申立てにとらわれない合意

調停の申立てには、民事訴訟における処分権主義のように、申立て

第3　離婚給付

66　離婚慰謝料

Q　離婚の際の慰謝料の額はどのように定められますか。

A　慰謝料は不法行為による精神的苦痛の賠償ですから、その要件があるかを考えたうえで、苦痛を慰謝するに足りる額ということになるところ、事案の内容に応じておおむね100万円ないし500万円程度が認められることがあります。

解　説

1　離婚慰謝料が認められる場合

まず、離婚を求める場合は、常に慰謝料が請求できるかのように思っている当事者もおられ、芸能人のニュースなどをみて何千万円ももらえるように思っている人もいますし、財産分与の問題と区別が付いていない人もいます。離婚給付の額を定型化しようという試みを提言する論者には、離婚自体慰謝料と離婚原因慰謝料とに分けて加算して算定すべきだと主張する方もおられます。

しかし、慰謝料とは、故意過失によって、違法に、他人の権利や法的に保護された利益を侵害したという不法行為の要件を満たすこと（民709）を前提に、精神的損害である（民710）精神的苦痛を慰謝するに相当な額の支払が認められるというものです。現実には、神様でなく人間なので、それぞれ完全ではなく至らないところを有しているのであって、仮に性格的に問題があるとか、夫婦としての同居協力扶助義務を履行するうえで多少至らない点があったとしても、そのことをいちいち指摘されて違法に他人の権利を侵害する行為をしたと言われて

も困りますから、慰謝料の支払を求めることができるのは、社会的に不相当な程度に非難可能な行為をした場合であることが要件になると考えられます。夫婦関係がうまくいかなかったのは、単なる性格の不一致で違法行為を観念できないようなことも多く、客観的に相性が悪かったとか、双方に原因があることも多いのですから、原則として慰謝料請求権はないものということから出発しなければなりません。この点、離婚自体慰謝料という考え方は、離婚を先に言い出した方だけが一方的に権利者になることを想定しているかのようである点で不合理なうえに、むしろ不本意ながら離婚に応じさせられる側の精神的苦痛はどうなるのかを度外視することにもなり、不公平でもあって、そもそも不法行為一般の要件では請求権の理由付けが困難であり（いわゆる請求を根拠付けるだけの要件事実が満たされていない請求を認めることになります。）、採用することが困難です。

2　離婚慰謝料の包括性

また、離婚慰謝料は、相手方の有責行為により夫婦関係が破綻して離婚という結果になってしまったということを、要件事実とすべきであり、そうであるからこそ高額の慰謝料も認められるうえに、暴力や浮気の個別の日時場所内容等まで特定せずに、全体として1つの慰謝料請求権になるものと考えられます。そうすると、離婚原因慰謝料というのも不正確かと思います。確かに、通常の民事訴訟においては、単発の暴力だけをもって慰謝料請求をすることも可能でしょう。しかし、離婚慰謝料というものは、そうした個別の行為を問題にしているものとは思われません。これを認める説もあるようですが、認めるとすれば、個別の不法行為が請求（訴訟で権利義務の存否の判断の対象となる訴訟物）になってしまいますし、一個一個の行為を特定し、一個一個の行為による相当損害額を明示して請求しなければならないことになり、その額もおのずと低額になると考えられるうえ、消滅時効の起算点も、遅延損害金の発生時期も、既判力が及ぶかどうかもいち

いち個別の行為ごとに判断されなければならなくなってしまい、非現実的であり、実際にもそのような請求の仕方はされていないようです。例えば暴力という不法行為による損害賠償請求訴訟というなら、そういう訴訟も適法ですが、離婚慰謝料の請求だというのであれば、離婚するほかなくなったという１つの不法行為的結果を発生させるために、複数雑多の有責行為が総合的に関与したものとして、１つの請求（訴訟物）だと考えるべきです。よって、こうした離婚慰謝料請求権の具体的な発生時期は、離婚の成立時点ということになりますから、遅延損害金も、離婚の日から発生することになり（調停離婚の場合は当日から付加する条項を定める事例はあまりありません。）、裁判離婚の場合は、「本判決確定の日から」（本判決の日や確定日の翌日からではありません。）の遅延損害金の支払を命じるべきこととなります。消滅時効の起算点も同様に考えられます。

3　慰謝料請求が認められる具体的な場合

慰謝料の支払が認められるような違法な有責行為として、代表的なのは、暴力・暴言と不貞行為（浮気）であり、悪意の遺棄（同居協力扶助義務違反が著しい場合）も考えられます。他方、破綻主義の現れである精神病や生死不明だけでは、基本的に認められないでしょう。

4　慰謝料の額

慰謝料の相場ですが、近頃は定額化だけでなく低額化しているとも聞きます。判決ともなれば個別事案における事情を総合考慮して裁判官が裁量的に判断するほかないような話ですが、調停の場合も意識した感覚的な相場としては、わずかにひどい10万ないし50万、ちょっとひどい100万円、そこそこひどい200万円、結構ひどい300万円、相当ひどい500万円などという感じを基準にして、有責行為の内容・回数・期間・程度等、請求する側にも相手の有責行為を招くことについて原因がなかったかや挑発的行為、反撃的行為がなかったか、当事者らの社

会的立場や収入・資産等の資力（支払者にも痛みを感じさせる程度か等）、婚姻期間や同居・別居期間の長短、請求者の年齢（再婚等による人生のやり直しがどの程度可能か）、財産分与等ほかに受ける経済的利益その他離婚条件においてどこまで自分の意見が通ったか、相手方の謝罪や逆に不当に事実を否認して争うなどの対応、現時点での被害感情の大きさ（有責行為から時間が経ったことや現時点で離婚できること自体でどれくらい慰謝されるか）、既に不貞行為の相手から受領した額なども加味して総合的に考えるというようなものかと思います。なお、当事者双方有責のときは、相殺禁止のため各別に定められることになりそうですが（民509）、離婚との因果関係や被侵害利益の存在が認められなかったり、クリーンハンドの原則で信義則上制限されることも多いと思われます。

5　財産分与との関係

財産分与において、オーバーローンとなるような場合（負債が資産の評価額を超過している場合）には、慰謝料についても相殺的に考えて支払わないですませることも多いかと思われます。相手方に現実の支払能力がなければ、慰謝料請求にこだわっても解決が遅れるだけだということにもなります。逆に、金銭として慰謝料をもらわず、物としての財産分与を受けるうえでその算定上加算するために、慰謝料的要素を考慮した財産分与をしてもらうということも考えられます。

6　保全手続

将来慰謝料の支払を命じる判決がされたとしても、強制執行の対象となる財産の名義変更や解約・払戻し等がされていれば、回収できなくなってしまうことが考えられます。これに備えて、民事保全手続として、仮差押えの手続をとることが認められます。財産分与（慰謝料的要素を含みます。）の場合と異なり、慰謝料請求は本質的に訴訟事項ですから、審判前の保全処分の対象とはなりませんし、金銭債権の執

行保全ですから、処分禁止等の仮処分の対象にもなりません。離婚前の仮払仮処分に関しては、財産分与（Q67）におけると同様、婚姻費用の分担請求で賄われると考えられます。離婚後に慰謝料だけを別途請求する場合は、請求額が140万円を超えるかどうかによって本案裁判所は地方裁判所又は簡易裁判所となり、民事保全事件の管轄裁判所はその本案裁判所又は仮に差し押さえる物の所在地を管轄する地方裁判所となりますが、離婚と合わせて慰謝料の支払を求める場合は家庭裁判所で併合審理されますから、未離婚の場合は、家庭裁判所も本案裁判所として民事保全事件の管轄を有することになります。

7　破産免責との関係

破産が認められ免責決定が確定しても悪意（故意と同義と解します。）で加えた不法行為による賠償債務は免責の対象とはなりませんが（破産253①二）、個々の離婚原因ではなく離婚という結果については常に悪意とは言えないでしょうから、かえって免責の対象になり易いかもしれません。

67　財産分与

Q　財産分与はどのように決められますか。

A　財産分与とは、離婚時の清算的要素、特に夫婦が共同して形成、取得した財産（実質的共有財産）であるのに、夫婦一方の単独名義になっているものを、この機会に実態に合わせて分与しようというのが主であり、他に、慰謝料的要素と扶養的要素が考えられます。