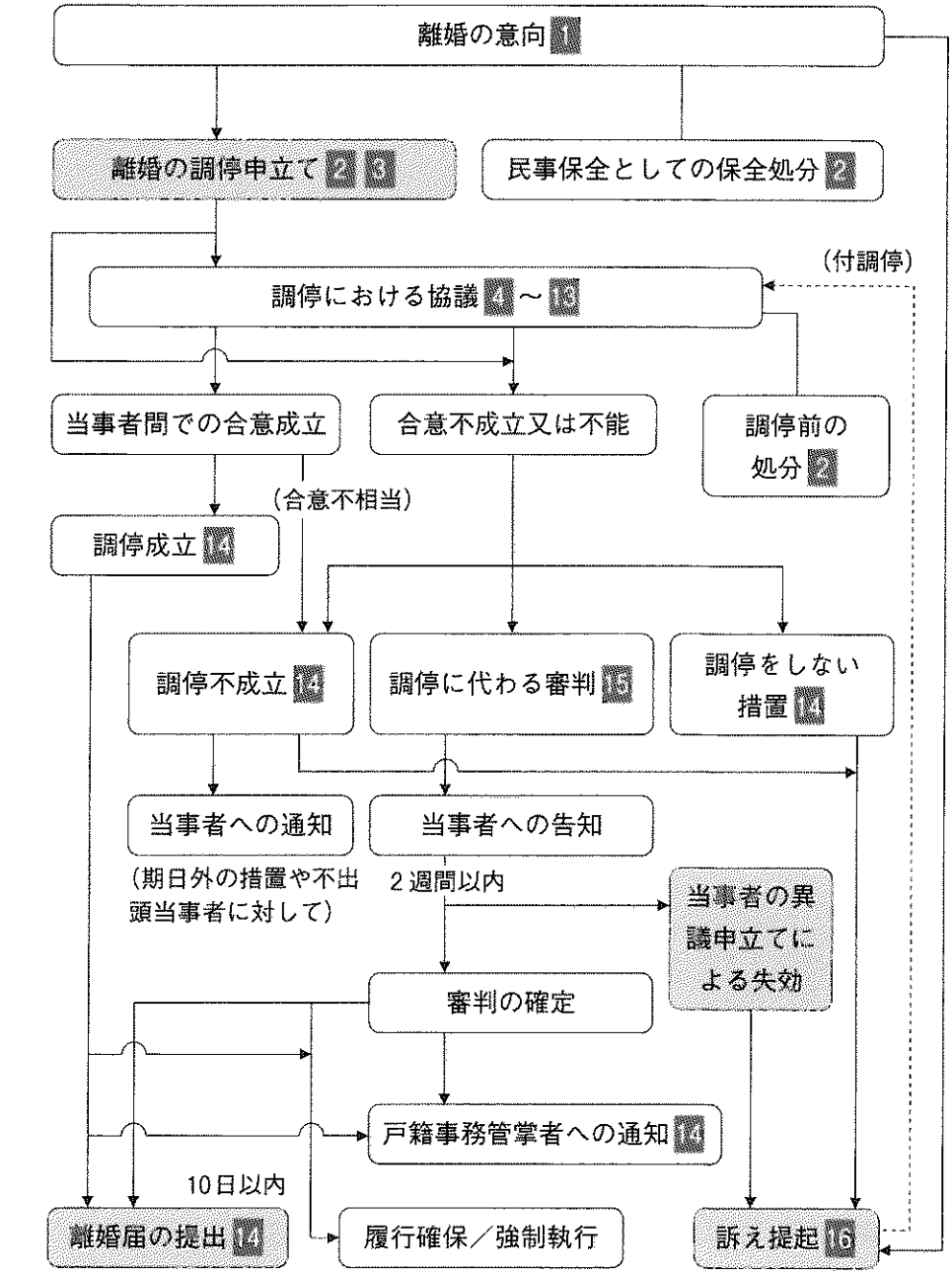
【75】夫婦関係調整＜離婚＞

《根拠条数》家事事件手続法244条

フローチャート



解　　説

我が国では、離婚は協議によってすることができますが、協議によって解決しない場合は、調停を申し立てたり、訴えを提起して、調停や判決等によって離婚を認めてもらうことになります。また、夫婦関係については、必ずしも最初から離婚の方向に向かうのではなく、関係修復に向けての話合いも可能かどうか、調整してみることも望まれるので、離婚調停という言い方を避けて、夫婦関係調整調停という言い方がされることが多いです。

これらは、一般調停事項（家手244）であり、離婚については、人事訴訟事項です（人訴２一）。

◇　　◇　　◇

1　離婚の方式

(1)　我が国における離婚の方式は、①協議離婚（法文上は「協議上の離婚」）、②調停離婚、③判決離婚（法文上は「裁判上の離婚」）が主な三本柱であり、調停離婚に派生して、④審判離婚があり、他に、判決離婚に派生して、⑤和解離婚、⑥認諾離婚と、合計６つの方式があります。

(2)　協議離婚は、婚姻当事者の協議によって離婚することであり、外国法を本国法とする外国籍者については、認められないことがあります。

(3)　調停離婚は、夫婦関係調整調停ないし離婚調停において、当事者本人が調停期日に離婚に合意した場合にされる方式です。

もっとも、一定の条件や期限を付したい場合などには、調停における合意でも、協議離婚届をするという内容のものであることがあります。なお、調停離婚であることが戸籍に表れるのを望まないという理由で協議離婚の方式を希望する当事者がいますが、離婚届が任意にされない場合に問題が生じたり、その後当事者の一方が死亡したり判断能力を失うなどして離婚届ができなくなったり、離婚の成立時期が異なったり、離婚の効力発生前に条件付きで将来の財産分与や養育費、年金分割、慰謝料等の定めをすることになったり、取下げの上協議離婚ということにすると債務名義が存在しなくなったりなど種々の問題を生じますし、調停手続を利用しながらそのことを都合が悪いことのように隠す必要性や正当な理由があるとも思われませんから、このような方式をとることは適当とは思われません。

調停離婚においては、書面による受諾、音声の送受信による方法による合意は認められません（家手268③・270②）。

(4)　審判離婚は、調停手続の終了方法として、調停成立に至らない場合でも、調停に代わる審判（家手284①本文）によって離婚を認めるものです。あくまで調停手続の終局方法にすぎず、審判手続に移行するわけではないし、新たな事件番号が付されるわけでもありません。

実際には、仕事上の都合、遠隔地居住、心身の障害その他の理由によって、当事者本人が調停期日に出頭することに差し支えがある場合で、代理人又は書面や電話等によって合意する旨の表明がされている場合であるとか、離婚については合意ができているが、親権者指定や附帯処分についてだけ合意ができない場合において、当事者が裁判所の判断に委ねるとか、双方の主張の差異がわずかであるため裁判所として仲裁的な判断を示すことが期待される場合とか、当事者の一方が離婚の当否や親権者の指定等について明らかに通らない主張をしているので、これまでの調停手続における情報を活用して、いったん早期の判断を示しておくことが期待される場合などについて活用できます。

異議さえ申し立てれば効力がなくなりますので、これまであまり活用されてきていなかったのですが、もっと活用されることが期待されます。

(5)　判決離婚は、離婚訴訟が提起された場合に、原告が主張する裁判上の離婚原因が認められることにより、有責配偶者が求めた場合におけるなど特に棄却すべき事由がないときに、判決によって当事者を離婚させる手続です。親権者の指定や附帯処分についてだけ争いがあることもありますので、必ずしも被告が離婚すること自体を認めない場合には限られませんが、離婚に反対していても強制的に離婚させるという意味では、最も強力な最後の手段となります。また、被告の行方不明や判断能力喪失の場合等、協議することが不可能で、調停に適しないときも、唯一の選択手段となります。なお、人事訴訟法の家庭裁判所への移管前は地方裁判所が担当しており、その時点で係属中であった事件は地方裁判所が引き続き担当し、家庭裁判所への移送もされません（人訴附則4①、平15法109による改正前の裁判所法24一）。

(6)　和解離婚は、離婚訴訟が係属中、当事者が裁判上の和解によって離婚に合意した場合の方式です（人訴37①本文、民訴89・267）。離婚訴訟中でも、協議離婚は可能ですし、改めて調停に付してその手続において調停離婚をすることも可能なのですが、同じ裁判手続の中でその担当裁判官が審理の結果を踏まえて調整することにより、合意が図れることや、その際の期日進行上の便宜等のほか、高等裁判所に控訴審が係属中などにもその手続中の合意によって離婚できるメリットがあります。

和解離婚においては、書面による受諾、音声の送受信による方法による合意、当事者の共同の申立てにより裁判所に条項の定めを託する方法による合意は認められ

ません（人訴37②③）。また、離婚の合意は代理になじみませんので、明文の規定を待たず、弁護士等が訴訟代理人等として付いている場合においても、代理人による合意は認められません。

(7)　認諾離婚は、離婚訴訟が係属中、被告が原告の離婚請求を認諾することによって、離婚する方式です（人訴37①本文、民訴266①・267）。認諾離婚は、親権者の指定や附帯処分（財産分与、養育費、面会交流、年金分割等の実質的に別表第二事項にかかるもの。人訴32①）についての裁判（慰謝料等の訴訟事項については含まれません。）を必要としない場合に限りすることができますので（人訴37①ただし書）、こうしたことを定める必要があるときには、それらについても合意ができたときに、和解離婚の方法によるべきことになります。なお、認諾する旨の書面を提出した当事者が欠席した場合に、陳述を擬制する方法による認諾は認められません（人訴37①本文かっこ書）。認諾は、進行協議期日においてもできます（人訴規30）。

我が国では、離婚は、協議でもできるとしながら、相手方が応じないときは、一定の離婚原因があれば、判決によって離婚できることとする制度がとられていますので、離婚は、人事訴訟事項でありながら、当事者の任意の合意による解決が可能であることから、特殊調停事項とはされず、離婚に関する調停は一般調停事項とされています。なお、身分関係の解消の重大性や、従前の手続を維持するという見地から、立法論的には将来に向かっての婚姻関係解消が相当かを判断して非訟的に形成する別表第二審判事項とする余地があったものの、公開の法廷における手続が建前の訴訟事項にとどめられており、このことがかえって手続を利用しにくくしている面もあります。

2　夫婦関係調整調停の申立事項及び保全処分

(1)　夫婦関係については、離婚方向だけでなく、適宜、円満修復の方向への解決も検討されるべきものですし、その中間的な解決として、当事者らがすぐには離婚せず、当面の間別居する旨合意して、冷却期間をおいてよく考えるという方法もとり得ます。よって、当事者らの意向を無視することはできませんが、離婚方向であっても（夫婦関係調整Ａ）、円満修復方向であっても（同Ｂ）、広い意味では同じ申立て事項の範囲内の手続として処理され、再申立ての必要もなければ、あえて申立ての趣旨の変更手続をとる必要もありません。

(2)　夫婦関係調整調停によって定めることが求められる事項としては、離婚自体のほか、未成年子の親権者の指定や、離婚訴訟となった場合の附帯処分の対象となる事

項（財産分与、養育費・面会交流その他子の監護に関する処分、年金分割の按分割合の定め）といった実質的な別表第二審判事項、慰謝料の請求、共有物分割、特有財産の引渡し、貸金返還等の民事訴訟事項も含まれます。また、別途別表第二事項としての申立てのない婚姻費用の分担や同居協力扶助に関する内容も含まれます。

このように、夫婦関係調整調停は、包括的な性格を有しますが、あくまで離婚することを前提にその場合の離婚給付等の条件を定めたり、夫婦関係を円満に継続していくことを前提にした協議という意味で、調停不成立により審判手続に移行することはなく、調停不成立等によって終了することが建前の手続ということになります。よって、婚姻費用分担請求などで審判手続に移行することを望む場合は、その趣旨を明確にして別に申立てをすることが適切です。なお、財産分与及び養育料分担は、離婚している（又は婚姻取消しがあった）ことを前提にしますから（離婚前の未成熟子の養育費は、夫婦間の婚姻費用に含めて扱われます。）、夫婦関係調整調停が不成立等で終了したときは、通常は、離婚訴訟の附帯処分として申し立てられることになり、協議離婚に至るなど、その訴訟の中で解決しなかった場合に、初めて離婚後になってから、そうした申立てができることになります。

(3)　夫婦関係調整調停の上記のような性格から、調停前の処分（家手266・267②）は可能ですが、これには10万円以下の過料の制裁はあるものの（家手266④）、執行力がありません（家手266③）。また、一般調停として手続がとられる限り、実質的に別表第二事項を内容とする場合であっても、その本案の申立てはできず、別表第二審判の手続としては扱われませんから、審判前の保全処分の適用はありません。よって、子の監護に関する処分として別途監護者の指定、面会交流や子の引渡し等を求める場合は、審判前の保全処分の活用が可能ですが、離婚給付についての将来の強制執行の保全や、急迫の危険を防止するために必要なときには、元来通常民事訴訟事項である慰謝料についてはもちろん、別表第二事項である財産分与や養育費等に関しても、離婚訴訟を本案と考えた上で、将来形成されるべき権利を被保全権利と仮定して、民事保全手続を活用すべきこととなります。

3　調停の申立て

(1)　申立権者は、婚姻関係の当事者です。

(2)　手続行為能力については、当事者が成年被後見人等の場合であっても、法定代理人によらず、保佐人等の同意も得ずに、手続行為をすることができます（家手252①

五)。婚姻により成人と擬制されますので（民753)、未成年者の場合は考える必要がありません。

(3)　成年後見人や代理権を付与された保佐人・補助人等の法定代理人は、本人が自ら手続行為をできる場合であっても、手続の安定を図るとともに本人保護のため十分な手続がとられることを図り、本人の法定代理人として手続行為をすることができますが、本人の意思を尊重すべきことから、この申立てをすることはできても（家手18ただし書かっこ書、人訴14①)、離婚の合意をすることはできません（家手252②)。

(4)　法定代理人がいないか代理権を行使できない場合において、手続の遅滞により損害が生じるおそれがあるときは、申立てにより又は職権で、特別代理人を選任することができ（家手19①)、これについて家庭裁判所はいつでも改任できます（家手19③)。選任の申立てを却下する裁判に対しては即時抗告ができます（家手19⑤)。特別代理人が手続行為をするには、後見人と同一の授権（重要な財産行為についての後見監督人の同意等）が必要です（家手19④)。

(5)　法定代理人や手続代理人、特別代理人が調停申立てを取り下げるには、特別の授権が必要です（家手17③・19④・24②一)。

(6)　管轄、調停前置主義、付調停、申立書写しの相手方への送付、申立書却下及び申立ての不適法却下に対する即時抗告等については、婚姻無効確認調停事件と同様ですから、【69】を参照ください。

4　調停の手続

(1)　調停は、原則として調停委員会で行いますが、家庭裁判所が相当と認めるときは、裁判官又は家事調停官の単独調停も可能です（家手247①・251②)。ただし、当事者の申立てがあるときは、調停委員会による調停によらなければなりません（家手247②)。夫婦関係調整調停を担当する調停委員は、当事者間の公平を図るとともに、その心情等を理解する上で、男女の組合せにより指定されることになっています。

(2)　記録の閲覧謄写等については、夫婦間の協力扶助義務に関する処分事件【73】と、調停事件に共通する手続一般については、婚姻無効確認事件【69】と共通するところがありますので、それぞれの記載を参照ください。ただし、夫婦関係調整は一般調停事件であり、これら別表第二事件や特殊調停事件とは、その性質上手続に異なる点があります（フローチャート等参照)。

5 離婚原因

調停の場合、当事者が離婚することを合意すれば、合意の内容が相当でない場合でない限り（家手272①）、離婚が認められますが、それでも仮に訴訟手続となった場合、判決ならばどのような場合に離婚が認められるかを想定した上で手続に臨むことが相当です。

要は、婚姻関係の修復が不可能な程度に破綻していると認められれば、離婚原因はあることになりますが、法律上は、相手方に不貞行為があった場合（民770①一）、配偶者から悪意で遺棄されたとき（民770①二）、配偶者の生死が3年以上明らかでないとき（民770①三）、配偶者が強度の精神病にかかり回復の見込みがないとき（民770①四）、その他婚姻を継続し難い重大な事由があるとき（民770①五）に、離婚原因があるとされます。これらはいわゆる旧訴訟物理論の下では、それぞれ別個の離婚請求権と考えられてきましたが、その他婚姻を継続し難い重大な事由という文言の解釈上そのように解する必然性はないので、婚姻を継続し難い重大な事由があるかということで一括し、婚姻関係の破綻に置き換えて考えてもよく、ことさら釈明を求めなくても、これを理由とする請求が黙示的にでも常に存在すると考えられます。

不貞行為は、配偶者以外と自由意思で肉体関係をもつ意味であり、強姦の場合や性風俗業従事者を相手とする場合も含むとされていますが（最判昭48・11・15民集27・10・1323）、その他婚姻を継続し難い重大な事由があれば足りますから、必ずしも肉体関係があったことが証明されなければならないものではないと考えられます。悪意の遺棄は、正当な理由なく夫婦としての同居協力扶助義務に違反することといえます。3年以上の生死不明は、行方不明では足りないものの、行方不明が3年未満である場合でも、破綻原因になり得ると考えられます。なお、長期間の生死不明の場合は、適宜、失踪宣告を得た上で相続をして婚姻を解消することも考えられますが、この場合失踪宣告取消しの可能性があります。精神病については、相手方が有責であることを要しませんし、強度かつ不治のものでなくても、破綻原因となり得ると考えられますが、今後の相手の療養や生活について配慮することを要すると考えられます（最判昭33・7・25民集12・12・1823）。

法文上、婚姻を継続し難い重大な事由がある場合を除き、裁判所は、一切の事情を考慮して婚姻の継続が相当と認める場合には、離婚請求を棄却することができる（裁量棄却）とされています（民770②）。精神病離婚などで相手方を苛酷な状況におくことになる場合が考えられます。上記重大な事由があっても、婚姻関係が破綻に至ったことについて有責な配偶者の側から離婚を求めた場合には、信義に反する身勝手を許す

ことにより他方に過度な不利益を与えないようにするため、当事者双方の有責性の内容と程度、婚姻期間ないし同居期間と対比した上での別居期間、未成熟子の有無や年齢、当事者の年齢や経済状況、慰謝料等の財産給付の見込み、その他の事情を考慮して、著しく社会正義に反することがないと認められる必要があります（最判昭62・9・2民集41・6・1423等）。別居期間が長期化することにより、今は離婚が認められなくても、いずれは認められるようになりますから、調停手続においては、離婚をしないという選択が、有責配偶者の相手側にとっても、将来を見通した上で、再出発が遅れるなどその利益に反する事態が生じないかも考慮する必要があるでしょう。

⑥ 親権者の指定

(1) 親権者の指定は本来別表第二事項ですが、離婚時点で未成年子の親権者が定まっていることが望ましいため、併せて親権者を定めることとされています。協議離婚においては親権者の指定がないと離婚届は受理されず（民765①・819①）、裁判離婚（判決又は審判による離婚）では裁判所が親権者を定め（民819②、家手284①）、親権者の定めが必要なときは認諾離婚ができません（人訴37①）。しかし、調停離婚及び和解離婚においては、できるだけ避けるべきとはいえ、当事者の同意の下に、親権者の指定についてだけ「追って家事審判で定められる者」として裁判所の判断（【114】参照）に委ねるという親権者指定分離方式をとって、合意により離婚を先行させるということも考えられ、このような離婚届も受理されることとされています。

(2) 親権者として父母いずれと定めるのが相当であるかは、親の意向よりも子の福祉を優先して考えられるべきものです。氏を継がせるとか家の跡取りにするなどという発想は、基本的に親の意向を第一義とした発想でしょう。

子の福祉の見地からは、親としての愛情や、監護の意欲と能力は当然の前提であり、現実的な監護態勢が確保できることも必要です。そして、現在及び過去の子の監護状況を踏まえた子の監護の継続性を確保することが重要です。子自身の意向も重要です。意向というのは、言葉に出して表現する場合には限りませんが、幼少の頃は判断能力が不十分で適切な判断ができない可能性があるものの、特に子が成人に近づくにつれて重要となります。乳児等については、母性を優先することが発達心理学の知見から適切とされますが、監護体制や監護の継続性を抜きにして、女性だからというだけで優先される理由はありません。兄弟姉妹についてはできるだけ分離しないことが適切とされます。父母の経済力の差や住居の所在環境は、養育料等の問題として解決されるべきであり、基本的に考慮する必要はありません。離婚

原因としての有責性も、子の放置を含む不貞行為や悪意の遺棄など子と関係する事情ではなく夫婦間に関するだけのことであれば、関係してこないはずです。不幸にして、子の取り合いのケースではなく、押し付け合いのケースでも、子の福祉に反しないような監護態勢がとられるように図られるべきでしょう（以上、山田徹『家事調停における知識と技法』（新日本法規出版、平成23年）参照。）。

7　離婚慰謝料

これは、もともと通常民事訴訟事項であって、別表第二審判事項ではありませんから、訴訟の場合は附帯処分には含まれず、訴えを併合提起するか反訴を提起するなどして請求する必要があります。配偶者とともにその不貞相手を被告として併合提起することもできます。夫婦関係調整調停の場合には、別件として申し立てる必要はありません。

その内容については、【82】【83】を参照ください。

8　財産分与

(1)　離婚に伴う財産分与は、まず清算的要素、次に慰謝料的要素、最後に扶養的要素から成るといわれています。

(2)　清算的要素については、夫婦が共同して形成した財産については、実質的には夫婦共有財産ですが、その一方の単独名義となっている場合等、形式が実質とずれている場合には、離婚に際してその清算が必要になり、共有物分割と同様に現物を分与したり、金銭的に精算したり、換価の上分割することなどが考えられます。夫婦が共同で形成したことが前提ですから、婚姻前から有している財産や相続等他方の寄与がなくても取得した財産は分与対象財産に含まれないことになります。過去の婚姻費用の精算も、清算的要素に含まれます。形式的にも夫婦共有の物についても、その分割方法が本質的には非訟事項である共有物分割訴訟であることに鑑みると、財産分与に含めて処理することが可能ですが、離婚後2年という請求期間（民768②ただし書）で分割請求が制限される理由はないので、財産分与の方法によらなければならないものではないと考えられます。住宅ローン等債務がある場合、特にその残額が積極財産の総額を上回る場合や、将来の退職金受給見込額、年金分割の対象とならない年金等についてどう扱うべきかは、難しい問題があります（山田・前掲参照）。

(3)　慰謝料的要素は、慰謝料請求権は本来金銭賠償としてされる原則があるところ(民722・417)、適宜清算的要素による財産分与と一体として不動産の譲渡等の方法で解決することを可能とするため、二次的な財産分与の考慮事由として位置付けることができます。

(4)　扶養的要素は、本来離婚後は元配偶者を扶養する義務はないところ（未成熟子についてはありますが)、元配偶者の年齢や経済状況、心身の状況等に鑑み、離婚後も一定の生活水準を確保させるために扶養を継続する必要があると認められる場合において、清算的要素及び慰謝料的要素による財産分与だけでは元配偶者の保護が十分に図れないときには、三次的な財産分与の考慮事由として位置付けることができます。

(5)　財産分与の有無、方法、額は諸般の事情を考慮して合理的に定められる必要がありますが（民768③)、上記の事情を考慮して算定される額について、共有物分割や遺産分割における現物分割、代償分割又は換価分割等の方法に準じて、金銭の支払、不動産の移転登記や引渡し、保険契約者や口座名義人の変更等、自動車の移転登録や引渡し、動産の譲渡、財産を売却した上での売却代金の分割等の適切な方法が用いられることになります。夫婦関係を解消する以上、共有とする分与や用益権設定の方法によることは、あまり適切ではないでしょう。なお、ペットや子どもの学資保険などについては、分与の総額にとらわれず適切に定められるべきです。

(6)　分割の割合は、夫婦共同で形成（増加）したことへの寄与の割合によるはずですが、共稼ぎであれ専業主婦等であれ、内助の功があったとみて、原則として、２分の１ルールが適用されています。このルールの運用上、清算的要素に関しては、離婚又は別居時の財産総額の２分の１ではなく、婚姻又は同居開始時との差額の２分の１であるべきことに注意してください。

9　養育費ないし養育料

養育費の支払に関する定めについては、子の監護に関する処分の一種と位置付けられます（民766①)。

養育費については、婚姻費用と共通することが多いので、【74】を参照ください。ただし、養育費分担と婚姻費用分担との差異として、養育費は離婚後の事項であるのに対し、婚姻費用は離婚までの事項であること（もっとも、その支払を月単位でしたり、額の算定を月割計算で容易にするため、離婚日ではなく、「婚姻又は別居が解消する日の属する月まで」婚姻費用を支払う旨定められることはよくあります。)、養育費は元

配偶者の分は含まず未成熟子（稼働能力との関係でその範囲が問題になります。）だけについてその子ごとに定められるのに対し、婚姻費用は配偶者の分を含めて一括して定められること、養育費については、父母が別家計という前提で、子はいずれの親の監護養育も受け得ると考えて、より高水準の生活を図れる側に同居している前提での按分計算によりその額が算定されるのに対し、婚姻費用は同一家計という前提での按分計算によってその額が算定されることなどの違いがあります。

養育費算定上も、婚姻費用と同様、簡易算定方式や早見表が活用されるようになりましたが、その算定上増減額事由として考慮すべきものは何であるか、やはり必ずしも明確でない問題もあります。

10 面会交流その他の交流、子の監護者指定及び子の引渡し

(1) 面会交流については、親権者や監護者であるかどうかにかかわらず、よって、親権の効力としてではなく、親であることとしての自然権として、我が子と面会交流することが認められます。直接現実に会うことのほか、例えば、写真やビデオの送付を受けるなどの間接的な交流も考えられます。

(2) これらは、子の監護に関する処分の一種と位置付けられます（民766①）。ただし、これらは離婚前の時点からでも求めることが可能であり、夫婦関係調整調停事件の中で併せて協議ができるほか、その係属中であろうとなかろうと、離婚訴訟が係属中であろうと、別途別表第二事項として調停又は審判で解決されることも考えられます。

(3) 子の監護者については、子を監護養育していく母だけが破産した場合とかを別にすれば、通常子の親権者と監護者を分離することが、子の福祉の見地から相当だとは考えられませんので、単に父母間の意見対立の妥協策等として、現実に子を監護養育していく父母いずれであるかを無視して、親権者監護者分離方式をとるのは適切ではありません。よって、子の監護者指定は、現実には離婚後の定めとして活用されるよりも、離婚前の段階で活用されるべきものとなっています（民766①～③類推）。なお、今後、子に関するハーグ条約を実施するための国内法の制定により、こうした事項についての規整が変わってくることも考えられます。

(4) これらの定めにおいては、面会交流について定めた条項の具体的特定性、子の意向や年齢等、子の監護者についての定めの有無、現在の監護状況がもたらされた事情、これを放置することによる急迫の危険を避ける必要性等により鑑み、強制執行の可否やその手続が直接強制によるか間接強制によるか、人身保護請求手続を利用

できるのかといった問題点があります。

(5)　面会交流にあっては、月に１回とか、２週間に１回とか、無理のない頻度を定めた上で、強制執行の必要性の度合いに応じて、例えば、第１日曜日と特定したり、子の送迎・受渡しや具体的な日時や行き先等の協議の方法等について具体的に定めるとか、年末年始は別途宿泊を伴うことを認めるなど、事案に応じて定められる必要があります。

11　年金分割

年金分割は、厚生年金又は共済年金（国家公務員、地方公務員、私立学校教職員）のいわゆる２階部分の年金保険料ないし掛金の納付記録の一定割合を元夫婦（離婚だけでなく、婚姻取消しや内縁解消の場合を含みます。）の一方から他方に付け替えるものであり、実際に受給する年金を分割するものではありません。手続は公正証書等や家庭裁判所において按分割合を定める手続と年金事務所等に分割を請求する手続の二段階構造となっています。国民年金の３号被保険者（専業主婦等）については、平成20年４月１日以降の年金記録については、裁判所等で按分割合を定める手続を経ることなく、直接年金事務所等に請求できることになりました。詳細は、【81】を参照ください。なお、不分割の合意も可能ですが、改定又は決定の請求をしない旨合意することになります。

12　離婚後の祭祀財産の承継者の指定

これについて定めることは実際にはほとんどありませんが、一般調停として併せて協議することも可能です。【84】を参照ください。

13　特有財産の引渡し等

夫婦関係調整調停は一般調停ですから、その他種々の条項を付加することができます。特有財産の引渡しについても定めることができますが、これについてすべて目録に書き尽くすことは困難かつ面倒であるので、特に必要な場合に必要な物に絞って定めることが相当でしょう。

14 調停手続の終了とその後の手続

(1) この調停の主な終了事由は、調停成立及び調停不成立であり、調停に代わる審判による終了もあります。

(2) 申立ての取下げ、申立書却下命令、申立ての不適法却下、移送・回付については、婚姻無効確認と基本的に同様ですから、【69】を参照ください。また、当事者一方の死亡により、手続は当然に終了します。死亡によっても婚姻は解消しますが、相続が発生することになります。

(3) 調停成立は、申立て事項の一部や併合された一部の事件についてもすることができ（家手268②）、残部の取下げのない場合には、適宜、引き続き手続が係属することになります。

調停離婚の場合は、それが調停による離婚を内容とする場合、離婚届を待たず調停成立と同時に離婚の効力が発生します。外国籍の当事者が協議離婚を許さない国の人の場合は、「この調停は推定判決と同一の効力を持つものである。」旨念のため注記します。

その成立日を含めて10日以内に、原則として申立人から、調停調書の謄本又は戸籍届出用抄本を添付して報告的届出としての離婚届を単独で（相手方の署名押印は不要で、証人も不要）するのが義務ということになり（戸77・63①・43①）、正当な理由なくこれを怠ると5万円以下の過料の制裁が予定され（戸135）、さらに催告を受けても届出がない場合は10万円以下の過料の制裁が予定されています（戸44・136）。その期間が経過した場合は、相手方からも届出ができることになり（戸77・63②）、市区町村長による管轄簡易裁判所への失期通知も予定されています（戸規65）。催告が不能なときや催告しても届出がない場合には、市区町村長は、管轄法務局又は地方法務局長の許可を得て職権で戸籍の記載ができます（戸4・44③・24②）。

円満調停に対して反対に離婚を申し出た場合や、当事者双方ともに離婚を求めている場合、離婚後の本籍の定めや同時に婚氏続称の届出をする関係上、あるいは勤務や現住居、心身の障害等の関係から、戸籍筆頭者でない側（多くの場合は妻側）が届け出ることが便宜な場合は、「相手方の申出により離婚する。」と定めたり、「離婚届は相手方においてする。」と定める方法により、相手方に第一次的届出義務を負わせることができ、この場合には、適宜、「相手方は、本籍を○○と定めて新戸籍を編製する。」という条項を入れます。裁判所書記官は、戸籍事務を管掌する市区町村役場に対して調停離婚が成立したことを通知して（家手規130②、人訴規17）、離婚届が適正に行われるように情報を与えますが、新本籍（住民票に合わせる場合、丁目と

番までとします。）の定め等、離婚したこと自体以外について本人の届出を待つことが相当な事項もあるので、戸籍記載の嘱託まではしません。

戸籍の記載以外においては、年金分割等については調停調書の謄抄本を添付して請求手続ができることになるほか（厚年規78の4①等）、強制執行が可能となる債務名義について、別表第二事項については執行文の付与を要せず、慰謝料等それ以外の事項については執行文の付与を受けて強制執行をできることになります（家手268①・75、民執25）。ただし、承継執行文又は事実到来（条件成就）執行文が必要な場合には、別表第二事項についても執行文が必要です（民執27①②）。履行勧告又は履行命令を申し立てることもでき、強制執行との関係では特にその手続を前置することは要求されていませんが、これについては婚姻費用の分担に関する処分と同様ですから、【74】を参照ください。

(4)　調停不成立は、当事者間に合意が成立しない場合だけでなく、成立する見込みがない場合にされることもありますし、調停期日に当事者間に合意が成立したが、その内容が相当でないと判断される場合にもされます（家手272①）。調停不成立の措置は調停期日外にもとることができ、この場合や調停期日に出頭していない当事者には、調停手続が不成立で終了したことが通知されます（家手272②）。

調停不成立によって、当然に離婚訴訟に移行するという制度はとられず、必要があれば、改めて当事者の一方又は双方から離婚訴訟を提起して解決すべきこととなり、調停記録も引き継がれません。

(5)　相手方が生死不明や行方不明であるとか、判断能力がないなどの理由で、調停手続には適しない場合や、同一内容の調停を短期間に繰り返すとか、明らかに理由がないなど、濫用的な申立てであると認められるような場合は、調停をしない措置によって調停手続が終了させられることになります（家手271）。調停期日に出頭していない当事者に対しては、通知することが適切でしょう。

15　調停に代わる審判の手続

(1)　一般調停及び別表第二事項の調停の手続においては、家庭裁判所は、当事者双方のために衡平に考慮し、一切の事情を考慮して、職権で、調停不成立の措置に代えて調停に代わる審判をすることができます（家手284①）。

(2)　この審判においては、離婚のほか、当事者に対し、子の引渡し、金銭の支払その他の財産上の給付その他の給付を命じることができます（家手284③）。

(3)　この審判は、調停手続が調停委員会で行われているときを含めて、家庭裁判所の

裁判官又は家事調停官がすることになります（家手284①・251②）。ただし、調停が調停委員会により行われているときは、その意見を聴かなければなりません（家手284②）。

(4)　この審判の告知は、当事者の争う機会を実質的に保障するため、公示送達の方法によってはすることができず（家手285②）、告知できないときには家庭裁判所は職権で審判を取り消さなければなりません（家手285③）。

(5)　この審判がされた後は、調停の申立てを取り下げることはできません（家手285①）。

(6)　この審判に対しては、当事者が、告知を受けた日から2週間の不変期間内に、書面によって異議を申し立てることができます（家手286①、家手286②において準用する家手279②③、家手規137①）。これは、正式裁判を受ける機会を保障するためですから、特に理由を付する必要はありません。利害関係人には異議申立権はありません。異議申立てが適法なときは、審判の効力は失われ（家手286⑤本文。もっとも確定しないと効力が生じませんから、もともと効力が生じません（家手287）。）、家庭裁判所は、当事者にその旨通知しなければなりません（家手286⑤）。この場合、利害関係参加人があるときは、裁判所書記官は通知しなければなりません（家手規137②において準用する家手規132②）。異議申立てが不適法なときは、家庭裁判所は却下します（家手286③）。却下審判に対しては異議を申し立てることができます（家手286④）。異議申立期間内に異議の申立てがないか、異議申立てを却下する審判が確定したときは、確定判決（別表第二事項については確定審判）と同一の効力が生じます（家手287）。これらにより離婚等戸籍届を要する場合、裁判所書記官は、遅滞なく、当事者の戸籍事務を管掌する市区町村長に通知しなければなりません（家手規136①）。

(7)　なお、この審判は、離婚や離縁以外に、一般調停や別表第二事項についてもすることができますが、離婚と離縁以外の場合は、当事者から、この審判に服する旨の共同の申出を書面ですることができます（家手286⑧⑨）。この申出は、審判の告知前は、相手の同意なく撤回することができます（家手286⑩）。共同の申出があった場合は異議申立権がありません（家手286⑧）。別表第二事項については、適法な異議申立てによって審判が失効したときは、家事調停の申立てのときに、家事審判の申立てがあったとみなされます（家手286⑦）。

16　離婚訴訟の手続

(1)　管轄や自庁処理、移送等については、婚姻無効確認とおおむね同様ですので、【69】を参照ください。ただし、自庁処理及び移送に当たっては、子の住居所を考慮すべ

きこととされています（人訴31）。

(2)　離婚を認める判決をする場合、夫婦間に未成年子がいる場合は、特に申立てを待たなくとも（手数料も不要）、裁判所が職権でその親権者を定めますが（民819②）、財産分与、養育費や監護者、面会交流等子の監護に関する定め、年金の按分割合の定めについては、附帯処分として申立てがあった場合（１件につき1,200円の手数料が必要）に限り、裁判所が定めることになります（人訴32①）。附帯処分の申立ては訴えの提起の際併せてするほか、提訴後に申し立てることも可能で、被告の側から、反訴を伴わないですることも可能ですが、いずれも書面でする必要があります（人訴規19①）。親権者の定めや附帯処分をする場合、裁判所は、子の引渡し、金銭の支払その他の財産上の給付、その他の給付を命じることができます（人訴32②③）。なお、慰謝料に関しては、離婚原因となる事実によって生じた損害賠償請求として併合提起でき、追加提訴や反訴、移送等があったときを含め、併合して審理及び判断がされます（人訴17・８）。これは通常民事訴訟事項であり、附帯処分ではありませんが、原告側の請求額が160万円以内なら、離婚訴訟の訴額に含めて算定されるので（160万円を超えた場合はその請求額が訴額となります。）、別途手数料は必要ないことになります。

(3)　親権者指定及び子の監護に関する処分をするに当たり、子が満15歳以上であるときは、子の陳述を聴かなければなりません（人訴32④）。

(4)　家庭裁判所は、離婚訴訟における附帯処分や親権者の指定について裁判をするには、事実の調査をすることができ（人訴33①）、その手続は、相当と認める者の傍聴を許すほかは公開しないとされています（人訴33⑤）。事実の調査については、別表第二審判事項についての審判手続とおおむね同様の規整に服します（人訴33②～④・34・35、人訴規19～28）。

(5)　離婚訴訟においては、前記のように、一定の要件と手続の下に、和解や認諾ができます（人訴37）。

(6)　離婚訴訟が、一部和解ができたり協議離婚がされたという事情で判決に至らずに婚姻が終了した場合において、附帯処分の申立てが既にされていたがまだ定められていないときは、裁判所は、改めて家事審判の申立てがされることを待たず、その附帯処分についての審理及び裁判をしなければなりません（人訴36）。当事者が離婚訴訟の係属中に協議離婚をしたことによって訴えを取り下げる場合において、附帯処分の申立ての取下げがされないときは、訴えの取下書とともに協議離婚がされたことを証する戸籍謄本（全部事項証明書）を提出しなければならず、この場合、受訴裁判所は、当事者双方から、附帯処分に係る事項が協議離婚に際して定められて

いるかどうかを聴かなければなりません（人訴規29）。なお、当事者が死亡すれば訴訟手続は当然に終了しますし（人訴27）、附帯処分について定める必要があるときに認諾離婚はできません（人訴37①ただし書）。

(7)　判決に対して不服のある当事者は、控訴ができますが、離婚自体については争わず附帯処分だけについて争うときも、不服申立ての方法は抗告ではなく控訴となり（人訴29、民訴281①）、不可分に控訴審に移審した上、控訴審における審判の対象から外れることになります（民訴296①）。控訴審になってから附帯処分を申し立てたり、その申立てのために附帯控訴をしたりすることも、法文上は、家庭裁判所に限らず裁判所であれば申立てによって附帯処分ができると定めていますから、可能だと解され（人訴32①）、この場合、特に相手方の同意は要求されていないと解されます。

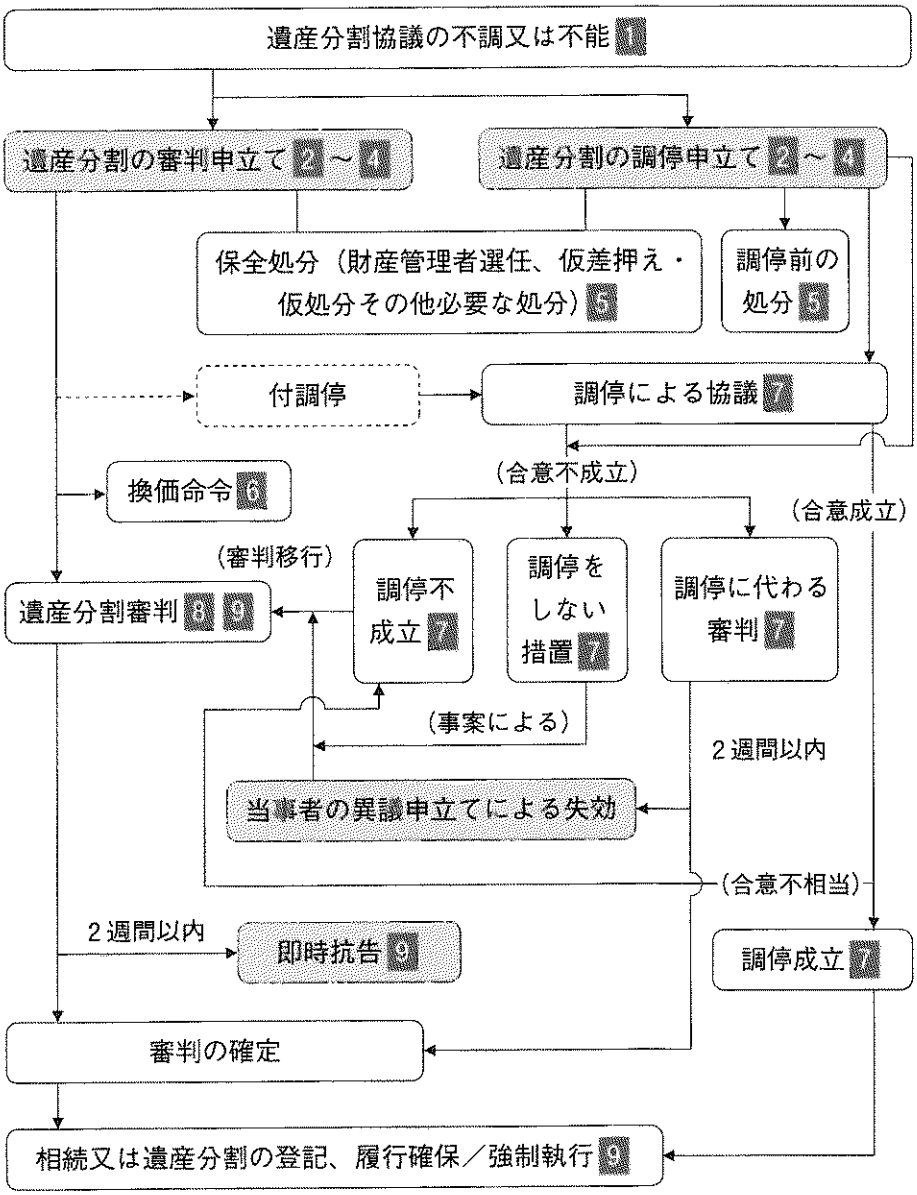
(8)　確定判決に基づく戸籍記載の手続や強制執行、履行確保等については、調停離婚と同様です。この点は、審判離婚、和解離婚、認諾離婚においても同様です（家手287、人訴規31・32）。

第8　遺産の分割

【169】遺産の分割

《根拠条数》民法907条2項

フローチャート



解　説

複数の相続人があるときは、共同相続人らは、遺言で禁止された場合を除き、いつでも遺産分割協議ができますが（民907①）、協議不調又は不能のときは、遺産分割を家庭裁判所に請求することができます（民907②）。

これは、別表第二審判・調停事項です（家手39・別表第二12）。

1　遺産分割の対象

原則として、被相続人が相続開始時に有した積極財産の全てです（民906）。以下のものは、性質上又は手続上分割対象から除かれます。ただし、一身専属的権利を除き、当事者全員の合意によって、少なくとも調停であれば含めることは可能ですし、審判でも含めることはあり得ます。特に預貯金等は、柔軟な分割方法を定めたり、解約払戻しの方法を簡明化したり、寄与分等具体的相続分の修正を反映させたりする上で、含めることが望まれます。

① 被相続人の帰属上、行使上の一身専属的権利（身分上の権利を含みます。）
② 消極財産（債務、物上保証人等としての責任）
③ 系譜、祭具（仏壇・位牌等）、墳墓（墓地墓石等）等の祭祀財産（民897）
④ 可分債権（普通預金、貸付金、売掛金等（最判昭29・４・８民集８・４・819））
⑤ 相続開始後に発生した法定果実（賃料収入等）（最判平17・９・８民集59・７・1931）
⑥ 被相続人死亡の事実により、一定の遺族等が直接取得した権利（生命保険金、遺族年金、遺族固有の慰謝料等）
⑦ 香典に類するもの
⑧ 遺言や死因贈与契約により取得者が指定された権利（遺贈、相続させる遺言を含みます。）
⑨ 換価費用を上回る換価価値のない財産（いわゆる形見分けの対象やゴミ類）
⑩ 相続人同士の間で発生した求償権等（葬儀費用、遺産管理費用、遺産に係る固定資産税、相続税、被相続人名義の光熱費等）
⑪ 既に分割協議済みの遺産（共有とする遺産分割があった場合を含みます。）
⑫ 各相続人が承継したとしても両立する権利（取引履歴開示請求権等）

なお、遺留分減殺により取り戻した相続財産の扱いについては、議論があります（【166】参照）。

2　申立て

(1)　申立権者は、共同相続人及びこれに準じる包括受遺者（民990）、相続分譲受人、遺言執行者（民1012①）、相続人の代位債権者（民423①）や破産管財人（破78①）等です。法人や権利能力なき社団でもなり得ます。なお、相続人の差押債権者に関しては、例えば不動産についてであれば、相続の代位登記をした上で、法定相続分について差し押さえて不動産執行の方法によることが認められているので、相続分自体を「その他財産権（民執167①）」として差し押さえるという扱いはされていないと思われますし、差押債権者には金銭債権の直接取立権と同様の一般的な代位権限も規定されていないので、差押えの効力に反する処分の効力は否定されるとしても、債務者の手続遂行能力は奪われないと解されます。なお、住宅譲渡のほか強制競売で買い受けた第三者に対しても、他の相続人が1か月以内に価額と費用を償還して取り戻すことができることになると解されます（民905）。

(2)　当事者は、共同相続人及び包括受遺者の全員（相続放棄等によって相続人資格を失った者は除きます。）でなければなりませんから、それらのうち申立人らでない者は全員相手方としなければなりません。

相続欠格に該当するかどうかや相続放棄の効力に疑義がある場合等は、とりあえず広めに手続に関与する機会を与えた上で、後に当事者を手続から排除する裁判（家手43①）によって対応すべきです。排除の裁判に対して不服を有する者は、即時抗告をすることができます（家手43②）。争いがあれば、適宜、相続権確認の調停や訴訟の手続がとられるべきです。

相続分の譲渡や放棄による場合は、相続人資格自体は維持されており、債務についてまで免れることはできませんが、分割協議の当事者からは排除することができます（旧家事審判法時代は、脱退という手続によっていました。）。この場合も、まずは念のため広めに手続に関与する機会を与え、その者の真意等を確認する作業等をとった上で手続からの排除によって対応することが望まれます。なお、相続登記済みで遺産分割を原因とする移転登記義務を負わせるべき場合は、排除すべきではありません。

当事者が死亡した場合は、再転相続が生じて当事者の資格が当然に承継されます。相続分譲渡や当事者の破産等によっても当事者に変動が生じることがあります。

(3)　管轄は、審判事件については、相続開始地を管轄する家庭裁判所に属するほか（家手191①）、別表第二事件では、一般に、民事訴訟同様、当事者が書面又は電磁的記録で

した合意による管轄が認められます（家手66）。調停事件においては、相手方のうち誰か１人の住所地を管轄する家庭裁判所か、当事者の全員が合意によって定めた家庭裁判所の管轄に属します（家手245①）。

(4)　遺産分割審判の申立書には、共同相続人、特別受益となる遺贈又は贈与の有無及びこれがあるときはその内容を記載し、遺産目録を添付しなければなりません（家手規102）。

(5)　別表第二事件では、一般に、家庭裁判所は、申立てが不適法又は理由がないことが明らかなときを除き、申立書の写しを相手方に送付しなければなりません（家手67①本文）。ただし、審判手続の円滑な進行を妨げるおそれがあると認められるときは、申立てがあったことを通知することで代えることができます（家手67①ただし書）。申立人はあらかじめ相手方の数と同数の写し（申立書副本）を添付しなければなりません（家手規47）。裁判長は、申立人に対し、申立書の写しの送付又はこれに代わる通知ができないときに、相当の期間内に不備を補正するよう命じたり（家手67②において準用する家手49④）、それらの費用の予納を相当の期間を定めて命じることができ、申立人がこれらに従わないときは、命令で申立書を却下しなければなりません（家手67③、家手67②において準用する家手49⑤）。申立書却下命令に対しては、即時抗告ができます（家手67④、家手67②において準用する家手49⑥）。

また、その調停の申立書は、申立てが不適法であるとき又は調停期日を経ずに調停をしない措置によって事件を終了させるときを除き、相手方に送付しなければならず（家手256①）、申立書の写しの添付、手続の円滑な進行を妨げるおそれがあると認められるときは通知で代えることができること、補正命令や申立書却下命令等については、上記の審判手続におけるのと同様です（家手規127、家手256において準用する家手49）。

(6)　別表第二事件では、一般に、申立てが不適法又は理由がないことが明らかなときを除き、当事者の陳述を聴かなければならず（家手68①）、当事者の申出があるときは、審問期日に聴かなければなりません（家手68②）。審問期日に当事者の陳述を聴くことで事実の調査をするときは、他の当事者は、事実の調査に支障を生じるおそれがあると認められない限り、その期日に立ち会うことができます（家手69）。家庭裁判所は、審判手続で事実の調査をしたときは、特に必要がないと認めるときを除き、当事者や参加人に通知しなければなりません（家手70）。

(7)　遺産分割審判の申立ての取下げは、相手方が本案について書面を提出したり、期日において陳述した後は、相手方の同意がなければ、効力を生じません（家手199にお

いて準用する家手153)。

(8)　調停前置主義は、本来は、訴訟手続と調停手続の間で妥当することですが（家手257①②)、別表第二事件のように調停手続と審判手続との間においても、まずは当事者間の任意の協議により解決が図られることが望ましい上、当事者らの分割意向等を含めた事実の調査をしていく上でも、まずは調停委員において事情を聴取することなどが望まれます。よって、遺産分割手続は、まずは調停の申立てが先行されることが通常であり、先に遺産分割審判の申立てがあったときは、特に調停に適さないとする事情がない限り、調停に付することが相当です（家手274①)。

(9)　なお、第二次世界大戦後の応急措置法施行前に開始した相続については、家督相続人を選定しなければならなくなる場合や生前相続の場合を除き、なお旧民法が適用されますが(昭22法222改正民附則25)、この場合の手続も寄与分に関する手続を除き、現行法上の遺産分割手続によることになります（家手附則5①二・③)。

3　審理の手続

鑑定や検証、文書提出命令等は証拠調べ、文書送付嘱託はその準備行為ということになりますが（家手64①。なお、証拠保全の規定等を除き、民事訴訟法の証拠編の規定が準用されます。)、当事者や参考人からの事情聴取等であれば、通常は本人尋問や証人尋問等の方法によらず事実の調査として非定型な方法で行われ、証拠調べであれ事実の調査であれ、必ずしも申立てがなくても家庭裁判所又は調停委員会の職権により適切な方法が検討されるべきものです（家手56①・258①・260①)。

調停手続においては、調停委員会を組織する家事調停委員（家手262）も事実の調査に当たり、調停手続と審判手続に共通して、担当する裁判官自身のほか（家手261①)、受命裁判官（家手53①・258①)、裁判所書記官（家手261④・267①）や家庭裁判所調査官による調査（家手58①。意向を含む事実の調査のほか、心理的導入調整や出頭勧告等もあります。)、医師である裁判所技官による心身の状況の診断（家手60①・261②)、官公署や金融機関等への調査の嘱託や報告の要求（家手62)、他の家庭裁判所や簡易裁判所に対する調査の嘱託（家手61①・258・263・267②）等、種々の方法が用いられます。また、家庭裁判所又は調停委員会は、家庭裁判所調査官、医師である裁判所技官、参与員を手続の期日に立ち会わせることができ（家手59①・60②・40②)、調停手続では、調停委員会を組織していない家事調停委員の専門的な知識経験に基づく意見を聴いたり（家手264①・267②)、審判手続では参与員の意見を聴いたり（家手40①)、いずれの手続でも手続に立

ち会った家庭裁判所調査官や裁判所技官の意見を聴くことができます（家手59②・60②・258①）。

4　審理の内容

遺産分割の手続は、おおむね次のプロセス・モデルに従って進行することが相当です。なお、その当初に、人間関係の確執等から生じる心理的な抵抗を取り除くための、導入調整（心理的調整）が図られることもあります。

最初から、当事者の分割意向に引きずられると、どのような合意が相当かや、どういう方向に向けて話を進めるかも定まらず、合意ができなかったときには一から全て事実の調査をし直さなくてはならないことになりかねません。よって、調停手続の時点から、このプロセス・モデルに従って進めていくことが望まれます。

(1)　訴訟的事項の確定

①　人の問題として、相続人の特定と法定相続分割合を算定します（適宜、特殊調停や人事訴訟を検討し、関連して、不在者の財産管理人選任や後見開始などの手続も検討します。）。なお、法定相続人及び法定相続分は、かつての法律改正前の規定も踏まえて確定されなければならず、その規定の詳細については、山田徹『家事調停における知識と技法』（新日本法規出版、平23）の「相続人」、「相続分」に関する記載を参照ください。

②　物の問題として、分割対象遺産を特定します（適宜、遺産確認訴訟等の手続を検討します。）。合意によりどこまで分割ないし協議の対象に取り入れるかも検討します。

(2)　訴訟事項に準ずる（事実関係を検討して定められる）非訟的事項の確定

①　特別受益

共同相続人中に、被相続人から遺贈を受け又は婚姻若しくは養子縁組のため若しくは生計の資本として贈与を受けた者があるときは、被相続人が相続開始の時において有した財産の価額にその贈与の価額を加えたものをいったん相続財産とみなし、これによって算定した相続分からこうした特別受益の価額を控除した残額をもって、その相続人の具体的相続分とされ（民903①）、これがマイナスになるときは相続分を受けることができません（民903②）。

しかし、上記の要件からして、そもそも相続人が被相続人から取得した財産や相続人が被相続人からの贈与以外の方法によって取得した利益が全て特別の受益の対

象になるわけではありませんし、被相続人が反対の意思を表示したときは、遺留分減殺の対象とはなるものの、持ち戻し免除が認められており（民903③）、しかも黙示の持ち戻し免除も認められますから、被相続人と相続人との間に何らかの特別な事情があったことから財産の授受があったときは、持ち戻し免除となることが多く、実際に特別受益として具体的相続分が修正されるのは、必ずしも通例のこととはいえません。たまたまそのタイミングで贈与等があった場合で地位に互換性があるような場合に、特別受益の持戻免除が否定されることになります。

生命保険金の受領については、本来保険金受取人の固有財産なのですから、よほど当事者間の公平を害する場合に類推適用されるにとどまります（最決平16・10・29民集58・7・1979）。また、この場合でも持ち戻し免除が認められるとすれば、実際に特別受益とみなす意義も少なくなります。なお、貯蓄性の高い一時払養老保険では、預貯金債権の譲渡と同様に考えるべきという人もいます。

特別受益に当たるかどうかは、遺産分割等の手続の前提問題としてだけ問題になる上に、遺産分割全体との関係で公平性を維持すべき特別な事情があるかという判断になりますので、非訟的な要素があり、ある物件が特別受益財産に当たるかどうかや（最判平7・3・7民集49・3・893）、特別受益の価額又は遺産総額中の割合（最判平12・2・24民集54・2・523）は、訴訟によって確認される対象とはなりません。

② 寄与分

共同相続人中、相続財産の増加等に特別の寄与があった者がいるときは、そのことに基づいて具体的相続分を修正することが認められます（民904の2）。

寄与分の内容に関しては、【171】を参照ください。

遺産分割調停においては、その手続中で、寄与分を定める申立てがなくても、寄与分に関する協議をすることができますし、寄与分を定める点についてさえ調停で合意ができれば、あとは任意の遺産分割協議によることも考えられないわけではありませんが、遺産分割審判においては、寄与分を主張する相続人又はその寄与分を承継したと主張する者がいる場合に、寄与分に関する合意ができないときは、別途寄与分を定める申立てをして、併合して審理される必要があります。

③ 物件の所在地、その現況や利用・管理の状況

④ 遺産の評価

不動産や株式（特に非上場のもの）、宝石貴金属や書画骨董については、分割方法や現物の割り付け、代償金額を算定するために、評価をどのような方法でしていくらと定めるかが問題となります。

不動産について正確には鑑定によることになり、その場合は積算法（原価法）、取引事例比較法、収益還元法などが用いられますが、簡易な方法として、路線価を参考に算出した額又はその額を0.8で割った額、あるいは固定資産税評価額又はその額を0.7で割った額（公示価格の８割又は７割くらいにこれらの額が評価されているということから）とするなどの方法も考えられます。

非上場株式については、遺産分割の性質上、多くは同族会社になることを前提とする評価がされることになりますので、純資産価額方式（貸借対照表により１株当たり純資産価額を算定）よりも、類似業種比準方式を併用した相続税評価の方法による評価が通常低額になります。

(3)　純粋な（非定型的な）非訟的事項の確定

①　遺産分割は、遺産に属する物又は権利の種類又は性質、各相続人の年齢、職業、心身の状態及び生活の状況その他一切の事情を考慮してその方法等が定められることになります（民906）。特別受益や特別の寄与分と言えないような事項であっても、そうした一切の事情として考慮されることはあり得るでしょう。

②　まずは、各当事者の現物の取得意向やその必要性の大小、希望物件の優先順位を把握します（現物分割の場合には限りません。）。

③　そして、各当事者の職業や住居地・年齢・判断能力等、分割方法や取得させる現物との関連性を把握します。

④　代償分割をするためには、現物取得希望者の代償金の負担の意思と能力を把握します。

⑤　換価分割を選択するためには、換価の現実的可能性の有無・程度・有利性を把握し、現物取得意向の強さや代償分割の可否等と比較検討します。

5　審判前の保全処分

裁判所は、遺産分割の審判又は調停の申立てがあった場合において、財産の管理のため必要があるときは、申立てにより又は職権で、担保を立てさせないで、遺産分割の審判が効力を生じるまでの間、財産の管理者を選任し、又は事件の関係人に対し、財産の管理に関する事項を指示することができます（家手200①）。財産の管理者については、財産管理の継続が不要化したことによる取消しの規定や本人自らが管理人をおいた場合を想定する規定を除き、第三者が成年被後見人に与えた財産の管理に関する処分の規定が準用されており（家手200③において準用する家手125）、ひいては不在者の財

産の管理に関する処分と同様になりますので、【15】【66】を参照のうえ、条文については「成年後見人の財産」を「遺産」と、「(家手125)」を「(家手200③において準用する家手125)」と、「(民27～29)」を「(家手200③において準用する民27～29)」と、「(家手規82・83)」を「(家手規104において準用する家手規82・83)」と、読み替えてください。

また、裁判所は、事件の関係人の急迫の危険を防止するため必要があるときは、本案事件の当事者の申立てにより、遺産分割審判を本案とする仮差押え、仮処分その他の必要な保全処分を命じることができます（家手200②）。

6 換価命令

(1) 家庭裁判所は、相続人に対し、遺産の全部又は一部の競売を命じたり（家手194①）、必要かつ相当と認めるときは、相続人の意見を聴き、競売によるべき意思を表示した者がいるときを除き、遺産の全部又は一部の任意売却を命じることも（家手194②）できます。通常は、競売のイメージや鑑定等の手続費用からして任意売却の方法による方が、有利に売却できると思われますが、より公正で開かれた売却方法で、任意売却での買受希望を示した人に限らず多数の購入希望者の参加を得られることから、競売を原則としたものと考えられます。

(2) 換価命令をするに当たり、保全処分としての財産の管理者が選任されていないときは、これを選任しなければならず（家手194⑥）、これについては保全処分としての財産の管理者と同様の権利義務を有することになります（家手194⑧）。換価を命じる裁判によって換価を命じられた相続人又はこれに準じるべき者には、換価事務について独自の報酬を、遺産の中から付与することができます（家手194⑦）。

(3) 換価命令は保全処分ではなく審判以外の裁判とされ（家手194③）、調停手続中に発令が必要な場合はいったん審判手続に移行させる必要があると解されます。本案事件の当事者に告知され（家手194④）、相続人及びこれに準じるべき者は換価命令に対して即時抗告をすることができます（家手194⑤）。換価命令が確定したときは、裁判所書記官は、財産の管理者に対して通知しなければなりません（家手規103①）。

(4) 競売による換価命令により換価を命じられた相続人は、執行裁判所又は執行官に対して競売の申立てをしたときは、その旨及び事件の表示を家庭裁判所に届け出なければならず（家手規103②）、その届出があったとき及び財産の管理者が地位を失ったときは、裁判所書記官は、執行裁判所又は執行官に対し、財産の管理者の氏名又

は名称及び住所と通知しなければなりません（家手規103③）。任意売却の場合は、売却の方法及び期限その他の条件を付することができ（家手規103④）、不動産を任意売却させるには最低売却価額を定めなければなりません（家手規103⑤）。取引所の相場のある有価証券の売却は、その日の相場以上の価額でしなければならず（家手規103⑨、民執規123①）、貴金属又はその加工品は、地金としての価額以上の価額で売却しなければなりません（家手規103⑨、民執規124）。

(5)　換価命令によって換価を命じられた相続人は、換価の手続が終了したときは、その結果を、換価できなかったときはその理由及び結果を、遅滞なく家庭裁判所に報告しなければなりません（家手規103⑥）。任意売却の方法によって換価を命じられた相続人は、換価の手続が終了したときは、直ちに換価代金を財産の管理者に引き渡さなければなりません（家手規103⑦）。

(6)　これら換価命令確定後に、その理由の消滅等の事情変更があったときは、相続人又はこれに準じるべき者の申立て又は職権によって取り消すことができます（家手194③）。その取消しの裁判に対する即時抗告はできません。

(7)　財産目録の提出等や抵当権設定等の登記の嘱託用の添付書類については、第三者が成年被後見人に与えた財産の管理に関する処分、ひいては不在者の財産の管理に関する処分と同様ですので、【66】を参照のうえ、「(家手規82・83)」に並記された「(家手規87)」を「(家手規103⑧)」、その条文中「本人の財産」を「遺産」と読み替えてください。

7　調停手続

(1)　遺産分割手続においては、前記のように、協議の調停行為だけではなく、前提事実の調査が極めて重要であり、これについては民事訴訟事項であっても、この手続内で一定の判断のもとに進めていくことができます。訴訟との関係は、遺産確認（【139】）を参照ください。

(2)　離婚と離縁以外の調停については、当事者が遠隔の地に居住していることその他の事由により出頭することが困難であると認められる場合において、その当事者があらかじめ調停委員会又は単独調停をする裁判官から提示された調停条項案を受諾する旨の書面を提出し、他の当事者が調停期日に出頭して当該調停条項案を受諾したときは、当事者間に合意が成立したものとみなされます（家手270①）。

(3)　家庭裁判所は、当事者が遠隔の地に居住しているときその他相当と認めるときは、当事者の意見を聴いて、電話会議やテレビ会議等、音声の送受信により同時に通話

することができる方法によって、証拠調べ以外の手続を調停期日においてもとることができ（家手258①において準用する家手54①）、離婚と離縁以外の調停においては、最終的な合意の成立もさせることができます（家手268③）。

(4) 遺産分割調停が不成立となった場合は、自動的に遺産分割審判手続に移行しますが（家手272④）、分割対象遺産が存在しない場合などは、移行しても却下となることもあり得ますし、そうであれば最初から調停をしない措置（家手271）で終了することも考えられます。もっとも、争いがある場合は、審判で判断を示して即時抗告の機会を与えることにも配慮すべきでしょう。

(5) なお、一般調停事項のほか、別表第二事項に関する調停一般でも、当事者間に合意が成立しない場合は、審判手続に移行させないで、一般調停事項についてを含めて、調停に代わる審判をする方法によって終了することもできます（家手284①）。

(6) 遺産分割調停が濫用的申立てという理由で調停をしない措置となったとき（家手271後段）は、審判手続には移行しませんが、調停に適しないことを理由とするとき（家手271前段）は、審判手続に移行させるか否かを明らかにすべきです。

(7) 別表第二事項についての家事審判手続においては、申立てが不適法又は理由がないことが明らかなときを除き、又は当事者全員が立ち会うことのできる審判期日において直ちに審理を終結する旨宣言する場合を除き、相当の猶予期間をおいて、審理終結日を定め（家手71）、審理を終結したときは、審判をする日を定めなければなりません（家手72）。これは、特に、遺産分割事件等複雑困難な事件について、未済のまま放置されることを防止するとともに、紛争解決の見通しや主張や資料の提出期限を当事者にも知らせるためです。

(8) その他、調停手続については、おおむね夫婦関係調整調停事件と同様ですので、【75】を参照ください。

(9) なお、調停委員会は、必要があると認めるときは、家庭裁判所が指定する当該調停員会を組織していない家事調停委員の専門的な知識経験に基づく意見を聴取することができ（家手264①②）、その委員が調停委員会に出席して意見を述べることとされており（家手264③）、訴訟における専門委員制度（民訴92の2）に代わるものとして、この規定の活用が期待されます。

8 分割の方法

(1) 分割の方法としては、現物分割のほか、代償金の負担の意思と能力があることを確認した上で、特定の相続人に特定の物件を取得させることを相当とする特別の事

情があるときは（家手195）、代償分割（他の当事者に対する債務を負担する方法による分割。価額賠償による分割）、換価分割、共有とする分割が考えられ、現物分割においては用役権設定（地上権等）を併用する方法も考えられます。

(2) 現物分割は、この物件は誰にといった割付をするのが通常ですが、現金を分割するとか、1筆の土地を分割するなど（あらかじめ分筆図面を作成する必要が生じます。）、1つの物件自体を分割することも考えられます。

地上建物を取得する相続人のために、その敷地を取得する相続人が借地権を設定するなど、用役権設定の方法を併用することも考えられます。

(3) 代償分割は、ある相続人が多めに遺産を取得すれば、多めになっている分を代償金を支払う方法で調整する方法であり、現実に支払ってしまう場合と代償金支払債務を負担する場合（家手195）とが考えられ、現物分割と併用して取得額の差額を調整する場合のほか、相続人の1人が全物件を取得して代償金を負担する全面的価額賠償の方法も認められます。

(4) 換価分割は、物件を売却するなどして金銭化し、その金銭を分割する方法です。任意売却による場合と換価のための競売による場合があります。当事者らの任意の合意による場合と換価命令による場合があり、遺産分割手続中で換価してしまう場合と、将来の換価に委ねる場合があります。

(5) 共有とする分割は、遺産共有の状態から通常に物権法上の共有に変える分割で、その共有状態の解消は改めて共有物分割の手続によることになります。相続分どおりの持分とする場合と、改めて持分を決め直す場合とがあります。ただし、単に紛争の解決を先延ばしにするようなものであってはならず、仮に一方的であっても、共有とすることに合理性が認められる必要があります（遺産分割禁止の審判と同様です。【170】参照。）。

9 審　判

(1) 家庭裁判所は、分割審判において、金銭の支払、物の引渡し、登記義務の履行その他の給付を命じることができます（家手196）。

(2) 相続登記未了の不動産についてその取得者を定める確定した審判や調停調書は、執行文や給付文言がなくても、これに基づき単独で相続登記ができます（家手268①）。また、金銭の支払、物の引渡し、登記義務の履行その他の給付を命じる確定した審判は、執行文がなくても（ただし、事実到来執行文や承継執行文を付するべき場合

を除きます。)、これによって金銭の支払や移転登記を求める債務名義となります(家手75・268①)。相続登記済みのときは、遺産分割を原因とする登記を、登記義務の履行を命じる確定した審判書をもって登記義務者の意思表示と擬制して、取得者だけで登記申請することができます。

(3) 相続財産が預貯金だけで分割合意がとれないとか、遺産分割協議済みとか、遺言で処分済みであるときなどを含め、分割対象遺産が皆無であるなどの場合は、却下審判がされることもあります。こうした事案では、調停段階で、調停をしない措置で終わることも可能ですが、その措置に対する不服申立てが認められていないことから、適宜、審判移行の上、理由を審判書に記載すべきでしょう。

(4) 事案によっては、分割禁止の審判がされることもあります(【170】参照)。

(5) 分割審判及び却下審判に対しては、相続人及びこれと同視すべき当事者から即時抗告の申立てができます(家手198①一)。