正解がみつかりにくい
離婚給付の実務

－非典型財産、当事者の関係性、家族法改正等－

著
森法律事務所
森　公任

新日本法規

はしがき

本書は、財産分与、婚姻費用・養育費、家事事件における慰謝料という３つの分野について、基礎的知識があるものの、各論点について、もう一歩掘り下げたいという法律実務家を対象にした書籍です。

上記３分野のうち、財産分与には２分の１ルールがあり、婚姻費用・養育費には簡易算定表があり、慰謝料には「相場」があり、多くの論点は、この基準に従って解決していくことになります。

しかし、この原則的処理だけでは解決できない問題が多数生じてきています。

もともと家族法は、「論理」「数字」だけで割り切ることができない分野で、まず「家族の在り方」を考え、そこから問題解決する必要があります。ところが、問題解決のキーとなる「家族の在り方」が、夫婦平等思想、子どもの人権尊重思想、LGBTQ等の多様性保護の思想の徹底化により時代とともに変遷し、各人が多様な「家族の在り方」を考えるようになっています。この考え方の多様化が、従来の「基準」では解決できない問題点を生じさせています。これは、特に家事事件における慰謝料においていえます。

また、これに加えて、財産分与では、新しい金融商品の開発により、その評価等で困難な問題に直面しています。婚姻費用・養育費では、制定時には想定していなかった各種福祉政策の実施や令和６年民法改正の施行により、統計数値に基づく「標準算定方式・算定表」だけでは解決できない問題が多数生じています。

本書は、これら３分野の未解決の問題点を取り上げ、それに関する多様な意見を紹介していますが、注意すべきは、家事事件においては具体的事案を離れて、どの意見が正解でどの意見が間違いかということを論じても意味がなく、大切なことは実務家が個々の事案に直面し

たとき、その事案の解決としては、どの見解を採用するのが妥当かということです。本書でも、できるだけ多様な見解を提示し、実務で多数派的な考えがある場合はその旨を指摘するにとどめ、最終的な「正解」は、現実の事案に直面し問題解決を図らなければならない立場の実務家である読者に委ねています。

このように本書は、実務家である読者が、実務で直面する未解決の問題点について自ら「正解」を導き出すお手伝いをすることを目的とした書籍です。ただ、筆者の力量不足もあり、果たしてどこまで実務家のお役に立てるかは自信がありませんが、多少でもお役に立てれば、これほど嬉しいことはありません。

なお、出版にあたり新日本法規出版株式会社の岡田奏氏から、数多くのご教示をいただきました。心から感謝申し上げます。

令和８年10月

弁護士　森　　公任

著　者　略　歴

森　　公 任（もり　こうにん）

＜略　歴＞

中央大学法学部卒業

東京弁護士会所属

司法研修所第33期

昭和56年（1981年）　弁護士登録

昭和58年（1983年）　森法律事務所設立

現在に至る

令和７年（2025年）　弁護士が選ぶベスト弁護士100 2025　相続部門第１位（弁護士ドットコム）

＜職　歴＞

東京家庭裁判所調停委員（平成14年～令和４年）

法務省人権擁護委員（平成16年～現在）

＜主な著書＞

『簡易算定表だけでは解決できない　養育費･婚姻費用算定事例集』（新日本法規出版、2015年）

『２分の１ルールだけでは解決できない　財産分与額算定・処理事例集』（新日本法規出版、2017年）

『弁護士のための遺産相続実務のポイント　遺産分割・遺言無効・使途不明金ほか遺産分割の付随問題』（日本加除出版、2019年）

『Q＆A　養育費・婚姻費用の事後対応－支払確保と事情変更－』
（新日本法規出版、2021年）
『論点別インデックスで引く　養育費・婚姻費用判断の考慮要素』
（新日本法規出版、2023年）
『弁護士のための財産分与実務のポイント』（日本加除出版、2025年）

〔17〕 LGBTQ（同性カップル）における財産分与請求の可否

CASE

女性Aは女性Bと恋愛関係になり、同棲生活を開始した。二人とも同棲生活開始時は預金等の資産はほとんどなかったが、Bが働きAが家庭を支え、別居時にはB名義の預金が1,000万円になった。同棲関係解消に当たり、AはBに500万円の財産を分与するよう求めたが、Bは支払を拒否したので、Aは、家庭裁判所に財産分与の申立てをした。

POINT

財産分与に関する家裁の審判の持つ形成力は、異性婚の場合に限定されるか、同性婚の場合も可能かについては、明確な結論が出ていない。

解　説

1　準婚理論について

婚姻の届出をしていない男女間でも、社会的に見て婚姻としての実体があり（客観的要件）、主観的に見て社会的に婚姻と同視できる関係を結ぶ意思がある場合（主観的要件）は、婚姻に準ずる関係があります（最判昭33・4・11民集12・5・789）から、民法の夫婦に関する規定は、その性質に反しない限り、類推適用されます（準婚理論）。したがって、内縁の夫婦にも、同居、扶助義務（民752）、婚姻費用分担義務（民760）、日常家事債務の連帯責任（民761）、貞操義務（民770①）、未成年の子の監護義務（民820）等の諸規定は、全て類推適用されます。内縁関係に家族法の諸規定が類推適用される以上、財産分与の規定（民768）も類推適用されます（広島高決昭38・6・19高民16・4・265）。例えば、名古屋家

裁平成10年６月26日審判（判タ1009・241）は、内縁期間中の預金の増加から負債額を控除した実質的共有財産を基本とする清算的財産分与を認めています。

そこで、男女の内縁関係に財産分与の規定が類推適用されるなら、同性の内縁関係にも財産分与を認めるべきではないかが問題提起されています。

２　同性カップルに準婚理論が適用されるか

（１）　準婚理論の適用

内縁関係に法律婚同様の法的保護が与えられるとしても、その内縁関係には同性のカップルの場合も含まれるでしょうか。

この問題については、〔55〕でも論じていますが、一審宇都宮地裁真岡支部令和元年９月18日判決（判時2473・51＜参考収録＞）も、東京高裁令和２年３月４日判決（判時2473・47）も、同性の事実婚にも準婚理論及び貞操義務を認めて、同性による内縁関係の不当破棄による慰謝料請求を認容しています。

最高裁も上告及び上告受理申立てを受け付けず、結果的に、同性カップルに準婚理論が適用されることを認めています。

（２）　犯罪被害者支援給付金

犯罪被害者支援給付金の給付対象者について最高裁令和６年３月26日判決（判時2603・12）は、以下のように述べて、同性カップルを犯罪被害者支援給付金の給付対象に含まれるとしています。

犯罪被害者等給付金の支給等による犯罪被害者等の支援に関する法律は、「犯罪被害者の死亡により精神的、経済的打撃を受けることが想定され、その早期の軽減等を図る必要性が高いと考えられる者」が対象者であり、事実婚でも、またその事実婚が同性婚でも、「犯罪被害者の死亡により、民法上の配偶者と同様に精神的、経済的打撃を受けることが想定され」る。

〔27〕 共同親権・共同監護（主たる監護者あり）における養育費の月割り・日割り計算

CASE

母Ａの基礎年収は100万円であり、父Ｂの基礎年収は300万円である。３歳の子どもＣがいる。離婚に当たり以下のとおり合意した。

（１） 奇数月はＡが監護し、偶数月はＢが監護する。

（２） 月曜日から金曜日の午後５時まではＡが監護し、金曜日の午後５時から日曜日の午後５時まではＢが監護する。

（１）（２）の場合、ＡのＢに対する養育費請求額はいくらか。

POINT

完全に平等な共同監護の場合、それぞれの相手方に対する養育費を算出し、その差額をＡの養育費とするが、Ａが主たる監護者の場合は、月割り・日割り計算だけでは、養育費相当額は算出できない。

解　説

１　改正民法の影響

（１） 共同親権と養育費

令和６年改正民法では、離婚後の共同親権が認められました（民824の２）。しかし、離婚後共同親権になったとしても、それは「親権」だけの問題で「監護」の問題ではありませんから、親権が単独か共同かで婚姻費用や養育費に影響を与えることはありません。

（２） 監護の分掌と婚姻費用・養育費

改正民法では、離婚をするときは、監護者を指定するほか、監護の

分掌を定めることもできることが明文化されました。監護の分掌は、旧法下でも可能だったのですが、新法では明文化されました（民766）。婚姻費用や養育費は、子の監護に関する費用分担ですから、この監護の分掌は養育費や婚姻費用に影響を与えます。欧米では、養育費の自動計算機に監護日数まで入力するようになっていて、入力すれば自動的に計算してくれるようになっているそうです。

２　完全に監護を二等分した場合（CASE（１）の場合）

（１）　養育費は不要となるか

例えば、隔週ごとに子を監護する、奇数月と偶数月で交替で監護する、それなら養育費は不要になるという意見もあります。両親の基礎年収が全く同一ならそれでもよいかもしれませんが、基礎年収がある程度異なる場合は、やはり養育費の算定が必要となります。

（２）　計算方法１　本来の金額の1/2とする計算方法

ＡがＣを監護した場合の養育費分担請求額を算出し、それを単純に1/2にする計算方法です。この場合、まず「Ｃが、Ａより収入の多いＢと年間を通して全て同居した」と仮定し、その場合、「Ｂの基礎年収からＣのために使う養育費」を計算し年間の養育費請求総額を算出します。

〔Ｂの基礎年収300万円 × Ｃの生活費指数62/（Ｂの生活費指数100 ＋ Ｃの生活費指数62)〕×〔Ｂの基礎年収300万円/Ａ・Ｂの基礎年収合計額400万円〕≒ 86万1,111円となります。

これは、Ａが全面的に監護する場合の年間養育費総額ですが、奇数月しか監護しませんから、12で割らず24で割ります。

86万1,111円 ÷ 24 ≒ 3万5,880円となります。

（３）　計算方法２　Ａ・Ｂそれぞれの養育費請求額を算出し、その差額をＡのＢに対する養育費請求額とする計算方法

Ｂが監護する月はＡが義務者になりますから、ＢもＡに養育費を請

第４　家族法改正後の養育費

〔36〕　法定養育費と形成養育費の調整

CASE

妻Ａ・夫Ｂの①離婚日が令和８年７月１日、②子どもＣの養育費調停申立日が令和９年７月１日、③養育費調停成立日が令和10年７月１日。標準算定方式で計算した養育費は月10万円であり、法定養育費・形成養育費、いずれも未回収の場合、養育費の調停条項はどうするか。

POINT

養育費の発生期間は、①法定養育費のみの発生期間、②法定養育費と形成養育費が重複して発生する期間、③形成養育費のみの発生期間の三つに分かれる。①は２万円と法定され、②③は標準算定方式による。

①の期間は、権利者が予告なしに、突然、義務者の給与差押えができるから、義務者は、とりあえずは離婚時から２万円の割合で送金しておいた方がよい。

解　説

１　二つの養育費

令和６年民法改正により、養育費を定めず離婚したときは、離婚時から子どもを監護している者は、離婚時から当然に毎月２万円の養育費請求権を取得します。これを法定養育費といいます。これに対し、従来の養育費のように、当事者で合意し、あるいは調停・審判等で決

められた養育費を形成養育費といいます。

このように二種類の養育費ができたことから、この両者の関係をどう調整するかという問題が生じています。

２　法定養育費と形成養育費

（１）　法定養育費について

法定養育費は、①離婚の時から引き続き監護する者だけが、②離婚の日から当然に取得する請求権で（民766の３①）、請求金額は一律２万円です（民法第308条の２の規定による子の監護費用の先取特権に係る額の算定等に関する省令２①）。養育費を定めないまま離婚した当日を始期として当然に発生し、形成養育費が定められた日（合意・調停成立・審判確定日）か18歳までを終期とし、日割り計算をします。全額について先取特権が行使できます。

（２）　法定養育費と形成養育費の違い

形成養育費は従来の養育費で、金額は合意又は標準算定方式で計算され、調停・審判により発生し、確定は調停成立・審判確定日ですが、対象期間は調停申立時を始期とするのが原則で、月割り計算をします。８万円を上限として先取特権を行使できます（民法第308条の２の規定による子の監護費用の先取特権に係る額の算定等に関する省令１）。

この二つの違いを図示すると以下のとおりです。

	法定養育費	形成養育費
権利者	離婚の時から引き続き監護する者	現に監護する者
養育費の金額	２万円	合意又は標準算定方式
発生原因	当然に発生	調停・審判により発生

始　期	離婚した日当日	調停申立日（原則）の属する月初日
終　期	形成養育費が成立した日又は成年（18歳）に達した日のいずれか早い日	調停・審判により定められる。原則20歳に達した日
計算単位	日割り	月割り（実務）
支払期	毎月末（民766の３①）	合意又は審判により定められる（通常毎月末）。
先取特権の金額	全額（２万円）	８万円が上限

(注)金額は一人当たり。

（３）　管　轄

この二つの請求権は別個の権利というより、養育費請求権という一つの権利の持つ二つの属性と考えるべきで、法定養育費の変更も形成養育費の形成・変更も、全てひとまとめにして、民法766条２項及び３項に基づいて審判します。法定養育費・形成養育費、それぞれ別の手続で二つの審判を出すということではありません。したがって管轄は家裁です。ただし、法定養育費について先取特権を行使している場合は、事件が家裁と執行裁判所に継続していることになります。

３　CASEについて

（１）　CASEで法定養育費・形成養育費を全額請求する場合

養育費の期間は、大きく分けて、①法定養育費の期間、②法定養育費と形成養育費が重複する期間、③形成養育費のみの期間の三つに分かれます。

①の期間（令和８年７月１日～同９年６月30日）は、法定養育費のみの期間で、金額が２万円と決まっていますから、２万円 × 12か月 ＝ 24万円となります。

②の期間（令和９年７月１日～同10年６月30日）は、法定養育費の期間と形成養育費の期間が重複しますが、標準算定方式で養育費を算出し、このうち、２万円が法定養育費と考えることになります。CASEでは１か月10万円となっていますが、この10万円は法定養育費の２万円と形成養育費の８万円で構成されていると考えます。ただ、調停条項では分けて記載する必要はなく、まとめて10万円 × 12か月 ＝ 120万円が未払金となります。

③の期間（令和10年７月１日～）は形成養育費のみの期間であり、今後、毎月末日限り、金10万円を支払うことになります。

（２） 参考条項

これを調停条項化すると以下のとおりです。

【条項例】

１　相手方は申立人に対し、長男Ｃ（生年月日）の養育費として、月額金10万円を令和10年７月１日から同人が満20歳に達する日の属する月まで、毎月、末日限り、下記口座に振込送金して支払う（注：上記（１）③の期間に対応）。振込費用は、相手方の負担とする。

記

銀行名　○○銀行○○支店　　種類　普通　　口座番号　1234567
口座名　A

２　相手方は申立人に対し、離婚日である令和８年７月１日から同９年６月末日までの未払の法定養育費（注：上記（１）①の期間に対応）として金24万円、令和９年７月１日から同10年６月末日までの未払の養育費（注：上記（１）②の期間に対応）として金120万円、合計金144万円の支払義務があることを認め、これを令和10年６月末日限り、前項記載の口座に振込送金して支払う。振込費用は、相手方の負担とする。

３　当事者は、本調停条項に定めるもののほか、前項記載の子の法定養育費に関し、相手方の申立人に対する支払義務が存しないことを確認する。

(注)突然先取特権を行使された等、今後のトラブルを防ぐため、清算条項で、法定養育費が全て清算済みであることは確認した方がよいでしょう。

（３）　法定養育費は請求せず形成養育費を全額請求する場合と調停条項

法定養育費滞納分の一括請求は、義務者に不意打ちになり、反発して調停が難航する場合も予想されます。この場合は、あえて上記（１）①の期間（令和８年７月１日～同９年６月末日）の法定養育費は請求せず和解を成立させることもあり得ます。この場合は、法定養育費請求権を放棄するのか、今回は請求しないが権利としては留保するのかで方法が異なります。後者なら、清算条項で法定養育費は清算対象にならないことを明記する必要があります。

【条項例】

> 当事者は、離婚日から令和９年６月末日までの法定養育費を除き、本調停条項に定めるもののほか、第１項記載の子の養育費に関し、相手方の申立人に対する支払義務が存しないことを確認する。

（４）　法定養育費について先取特権が行使されている場合

先取特権が行使されていても、差押え対象が預金なら回収額が確定しますから、一部弁済があった場合と同様に考えればよいでしょう。

しかし、給与を差し押さえている場合、差押えの効力は、法定養育費が発生し続ける限り全額回収まで続きますから、法定養育費の未払金額がいつまでも確定しません。この場合は、法定養育費部分を対象から外して調停を成立させるか、先取特権の行使を取り下げて回収金額を確定させて調停を成立させるしかありません。

（５）　一部弁済がある場合と参考条項（既払金の確認・充当合意）

一部弁済がある場合、充当の問題が生じますが、実務では、先に弁

済期が来たものから順次充当することで合意する場合が多いです。

ア　既払の金員を認める場合

【条項例】

Ｂは、Ａに対し、法定養育費のうち令和○年○月から同○年○月までの合計金○○円を支払ったことを認める。

イ　充当合意する場合

【条項例】

Ａ・Ｂは、第１項記載の口座にＢから振り込まれた金員については、第２項記載の養育費のうち支払期が早い順に充当する。

MEMO

離婚時から毎月２万円の法定養育費が自動的に発生し、しかも、先取特権も行使できます。そうなると、従来のように、別居親が、同居親からの請求や調停申立て等のアクションをぼんやり待っているというわけにはいかなくなりました。今後は、同居親が、嫌がらせ的に法定養育費の先取特権を行使し、給与を差し押さえてくるリスクがあるからです。そうなると家庭内トラブルを抱えていることが会社に発覚してしまいます。

同居親のパーソナリティによりますが、今後の交渉を有利に進めるため、いきなり給与を差し押さえるという方法を選択する同居親も予想される以上、代理人は、別居親から相談を受けたときは、とりあえず毎月２万円の送金だけは早急に行うよう指示すべきです。

〔42〕　婚姻関係の存在・破綻に関する不貞相手の賠償責任

CASE

（１）　夫Ｂは、妻Ａがいることを秘してＣと不貞をした。

（２）　夫Ｂは、妻Ａとは家庭内別居状態であると嘘を言いＣと不貞をした。

（１）（２）の場合、ＣはＡに対し、不貞を理由として賠償責任を負うか。

ＰＯＩＮＴ

婚姻関係の「存在」についての過失は、ほとんど認定されないが、逆に婚姻関係の「破綻」についての過失は、おおむね認定される傾向にあった。しかし、最高裁の判例により、今後は、過失認定のハードルが高くなることが予想される。

解　説

１　二つの過失

不貞の相手方が、①不貞配偶者が既婚者であることを知らなかったとき、②既婚者であるが婚姻関係が破綻していると思っていたとき、その点について、過失があれば、不貞相手方は賠償責任を負います。

この二つの過失は、裁判実務で、どの程度認定されているのでしょうか。また、どのような場合に認定されるのでしょうか。

２　統計から見る両者の違い

東京地裁において平成27年10月から同28年９月までの期間の婚姻関係の「存在」について故意過失が争われた事例15件中、過失を認定し

たのは２件で、他13件は全て過失を否定しています。これに対し、東京地裁平成27年10月から同28年９月までの期間の婚姻関係の「破綻」について相手方の故意過失が争われた事例24件で、全て過失が認定されています（大塚82頁）。

婚姻関係の「存在」を知らなかったという抗弁は原則として認め、「破綻」だと思っていたという抗弁はほぼ全て否定するのが裁判所の基本的態度でした。

なぜ、このような違いが出るのでしょうか。

３　既婚者であることを知らなかったことについての過失

（１）　過失が否定された例

交際する時、既婚者かどうかについて調査義務を課すというのは世間常識に反しますから、不貞相手が既婚者であることを知らなかったとしても、その過失を問えないのは当然です。

①請求者が「家族と同居していることを知っていた」という主張に対し、「既に離婚しており、子どものために同居していると説明されていた」という主張を認定していますし、②「結婚したことを知っていたはず」という主張に対し「結婚したが離婚したと説明された」という主張を認定しています。③「フェイスブックや雑誌モデルで既婚という事を知っていたはずだ」という主張に対し、「一回のみの性交渉で知らなかった」という主張を認定しています（大塚82～85頁）。

ここから分かるように、既婚者と疑ってよいような場合でも、過失は認定していません。交際に当たり「既婚」かどうかの調査義務を課すことはできないからです。

（２）　過失が認定された例

それでは、例外的に過失が認定された２件はどんなケースかというと、①不貞配偶者から不貞相手へのメールに「前の彼女のことを妻に

知られた」という文言があり、これを根拠に知り得べきだったと認定しています。②また不貞配偶者は10歳以上年上であり最初に会った時結婚指輪をしていたという事実から、仮に知らなくとも過失があると認定している案件もあります。

①の場合は、メールに記載がある以上、知らなかったという主張自体が難しかったように思います。一方、②の最初に会った時に大きな結婚指輪をしていたという事実から、裁判官はやはり、既婚者であるという認識があったのではないかと考えたものと思われます。

（３）　既婚につき過失を認定した判例

下記判決は、既婚者であると認識すべきだったと認定しています。

・東京地裁令和６年１月30日判決（令４（ワ）12580）

亡不貞配偶者Ｄの近所の友人等とも交友があったこと、亡Ｄの葬儀の際や亡Ｄと原告の子であるＥと面談した際に、亡Ｄに配偶者がいることについて被告が特段の反応を示した形跡もないこと、被告の供述からも、亡Ｄに妻子があることを察していたことが窺われる。

・東京地裁令和５年12月20日判決（令４（ワ）11657）

原告夫から、死別した前妻の話をたびたび聞かされ、被告自身のことについても、夫と死別して今は独身であると原告夫に伝えていたというのであり、被告と原告夫とは、それぞれの家族関係について詳細に話をしていたものといえるから、原告夫に現在妻がいるかどうかについて被告が確認せず、原告夫もあえて伝えていないというのは不自然である。

LINEのやりとりからは、婚姻することを予定していたことがうかがわれるのであるから、原告夫に現在妻がいるかどうかという点については、被告において当然関心を持つべき事柄である。

（４）　受任に当たっての注意点

実務においては、既婚者であることを知らなかったという抗弁は、

新日本法規