小磯　治　著『夫婦関係調停条項作成マニュアル〔第６版〕』
民事法研究会発行

第６版はしがき

平成25年１月１日に家事事件手続法が施行されて家事調停の運営は大きく変化した。当初は試行錯誤の運営もあったが、それも定着したように見受けられる。

本書の前回の改訂以降の家事事件を取り巻く状況は、法制度では改正等が続いており、現在、遺産分割に関する法改正の検討も最終局面に近づいている。一方、裁判の状況をみると、家事事件の運営に大きな影響をもたらす判決もあり、調停運営にとどまらず、法律改正をも視野に入れた検討も行われそうな状況である。

今回の改訂では、本文は必要最小限の範囲で解説を改めることとし、実務に参考となると思われる裁判例・審判例をできるだけ多く紹介することとした。本書が、旧版と同様、家事調停に携わる方々に少しでもお役に立てれば幸いである。

なお、本書の出版にあたっては、民事法研究会の編集部の南伸太郎氏には、構成についても助言をいただくなど大変お世話になったことを記して、感謝申し上げる次第である。

2016年10月

小　磯　　治

第１章

離婚および離婚後の戸籍に関する条項

1　離婚の方法

わが国における離婚の方法としては、民法上の協議離婚（同法763条）、裁判離婚（同法770条）および家事事件手続法上の調停離婚（家事事件手続法244条）、審判離婚（同法284条）がある。平成27年の人口動態統計によれば、平成27年（確定数）の離婚件数は22万6215組であり、そのうち協議離婚は約87.6％であって、夫婦間の離婚問題の大多数は当事者間の話し合いにより解決が図られている。また、調停による離婚は約9.6％、審判離婚は約0.2％、和解離婚は約1.5％であった。

⑴　協議離婚

夫婦は、その協議によって離婚することができ（民法763条）、夫婦間で離婚について話し合いをして合意ができたときは、戸籍法に定める離婚届出書を作成して市区町村に提出すればよい（民法764条・739条、戸籍法67条）。もっとも簡便な離婚方法であるが、未成年の子がある場合にはいずれが親権者となるか定めなければならない（民法819条）。

⑵　調停離婚

当事者間で協議がまとまらないことから、家庭裁判所は調停の申立てを受けて、調停における合意を援助して成立させる離婚をいう（家事事件手続法244条・268条）。

調停は、婚姻の破綻について、もっぱらまたは主として責任がある配偶者（有責配偶者）からも申立てをすることは禁じられておらず、調停が成立すると確定判決と同一の効力が生じる（家事事件手続法268条１項）。調停では、離婚するという合意のみならず、親権者の決定、財産分与、慰謝料、家財道具の配分、子との面会交流、養育費の支払いなどについても取決めができる。

⑶　審判離婚

当事者間では離婚の合意ができているにもかかわらず、慰謝料のわずかな食い違いや家財道具の配分などの些細な点で調停が成立しないようなときは、家庭裁判所は、職権で離婚の審判をして解決することができる（家事事件手

続法284条)。また、婚姻期間における状況や相手方が誠実に離婚の話し合いに応じようとしないなどの事情があるときは、離婚の審判により解決が図られれることもある（福井家審平成21・10・７家月62巻４号105頁)。

前掲福井家審平成21・10・７は、妻が別居中の夫に対して夫婦関係調整調停を申し立てた事案において、申立人と相手方とは、婚姻後の同居期間が約５年にすぎないのに比して、別居期間は約25年に及んでいること、子はすでに成人していること、別居期間中、夫から妻に対する生活費等の支援はなされておらず、両者の夫婦関係は20年以上にわたって全く形骸化しており、「婚姻を継続し難い重大な事由」（民法770条１項５号。下記⑷㈠参照）があることが明らかであり、相手方が誠実に離婚の話し合いに応じようとしないことも勘案すると、家事審判法24条（家事事件手続法284条）の審判によって申立人と相手方を離婚させるのが衡平に合致するとした。

なお、この審判は、不服がある当事者が２週間以内に家庭裁判所に異議の申立てをすることにより、その効力を失う（家事事件手続法286条１項・２項・５項・279条２項)。

⑷　裁判離婚

上記⑴～⑶のような方法によっても調整がつかない場合には、離婚を求める当事者は、家庭裁判所に他方を被告として離婚訴訟を提起するほかない。

㈠　有責配偶者からの離婚請求

有責配偶者からの離婚請求に対して消極的な立場は、権利濫用、クリーン・ハンズの原則、追い出し離婚の禁止、無責配偶者の保護、離婚道徳の維持などを理由として、自ら結婚を破綻に導いた有責者からの離婚請求は認めないというものである（消極的破綻主義)。

これに対して、破綻した結婚を継続させることの非人間性、不道徳性、身分法における事実先行性、プライバシーの侵害、原因究明の困難性等から、原因のいかんを問わず、破綻の事実を直視すべきであり、無責配偶者や子の保護は別途図ればよいとして、これに積極的な立場がある（積極的破綻主義)。

この点につき、最判昭和38・10・15家月16巻２号31頁は、「原判決が確定

した一切の事実関係によれば、……本件婚姻関係の破綻の惹起について主として責任のある当事者は上告人であるといわねばならない。してみれば上告人の側から被上告人との婚姻を継続し難いものとして離婚を請求する本訴は許されない」とした。

また、最大判昭和62・９・２民集41巻６号1423頁は、「〔民法770条１項〕５号所定の事由による離婚請求がその事由につき専ら責任のある一方の当事者（以下『有責配偶者』という。）からされた場合において、当該請求が信義誠実の原則に照らして許されるものであるかどうかを判断するに当たっては、有責配偶者の責任の態様・程度を考慮すべきであるが、相手方配偶者の婚姻継続についての意思及び請求者に対する感情、離婚を認めた場合における相手方配偶者の精神的・社会的・経済的状態及び夫婦間の子、殊に未成熟の子の監護・数育・福祉の状況、別居後に形成された生活関係……や子らの状況等が斟酌されなければならず、更には、時の経過とともに、これらの諸事情がそれ自体あるいは相互に影響し合って変容し、また、これらの諸事情のもつ社会的意味ないしは社会的評価も変化することを免れないから、時の経過がこれらの諸事情に与える影響も考慮されなければならないのである。

そうであってみれば、有責配偶者からされた離婚請求であっても、夫婦の別居が両当事者の年齢及び同居期間との対比において相当の長期間に及び、その間に未成熟の子が存在しない場合には、相手方配偶者が離婚により精神的・社会的・経済的に極めて苛酷な状態におかれる等離婚請求を認容することが著しく社会正義に反するといえるような特段の事情の認められない限り、当該請求は、有責配偶者からの請求であるとの一事をもって許されないとすることはできないものと解するのが相当である。けだし、右のような場合には、もはや５号所定の事由に係る責任、相手方配偶者の離婚による精神的・社会的状態等は殊更に重視されるべきものでなく、また、相手方配偶者が離婚により被る経済的不利益は、本来、離婚と同時又は離婚後において請求することが認められている財産分与又は慰藉料により解決されるべきものであるからである」とした。

⑷　離婚原因の有無

裁判離婚では、法律の定める離婚原因（民法770条１項各号）がある場合に限って判決により離婚が認められるため、離婚原因の有無が最大の焦点になる。

民法770条１項は、離婚原因として、①配偶者に不貞な行為があったとき（同項１号）、②配偶者から悪意で遺棄されたとき（同項２号）、③配偶者の生死が３年以上明らかでないとき（同項３号）、④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（同項４号）、⑤その他「婚姻を継続し難い重大な事由」があるときを掲げている（同項５号）。しかし、「婚姻を継続し難い重大な事由」という離婚原因の内容は極めて多岐にわたっており、たとえば、配偶者の暴力、虐待、侮辱、犯罪行為（東京地判昭和59・６・13判タ531号188頁）、無為徒食、性的異常、性的不能、性交拒否（福岡高判平成５・３・18判タ827号270頁）、精神的不調和、性格の不適合（横浜地判昭和59・７・30判時1141号114頁）、過度の宗教活動（広島地判平成５・６・28判タ873号240頁）などが掲げられている。

⑸　裁判上の和解離婚

離婚訴訟手続において、当事者が離婚することを内容とした裁判上の和解による離婚をいう（人事訴訟法37条）。人事訴訟手続法では、裁判上の和解は許されないとするのが通説であり実務の取扱いであったが、平成16年４月に施行された人事訴訟法により和解による離婚が認められた。

2　調停離婚の条項

実務上はまちまちであるが、その主なものは「離婚する」「本日、離婚する」「本日、調停離婚する」である。

調停条項としては、「離婚する」と記載することで必要かつ十分である。調停調書の記載から判断すれば、調停の行われた期日および調停において離婚の合意がなされたことが明らかであり、「本日」あるいは「調停」と記載しなくともその趣旨であることがわかるからである。

なお、調停条項の記載としては「本日」あるいは「調停」と記載しなくとも必要かつ十分ではあるが、調停調書正本（謄本）を保管している当事者からみて、条項の記載内容がわかりやすいことが望ましい。そこで、実務では「本日、調停離婚する」と記載する例が多い（〔条項例１〕〔条項例２〕参照）。

3　協議離婚をする旨の合意

⑴　協議離婚の合意

調停により離婚したとき、戸籍には「平成〇年〇月〇日調停離婚」と記載される。当事者によっては、戸籍に「調停離婚」と記載されるのを嫌うなどの理由から、協議離婚をする旨の合意をして調停を成立させることがある。この場合、当事者の一方が協議離婚の合意を記載した調停調書を添付して離婚届出をしても、そのような届出は受理しないのが戸籍実務である。そこで、調停成立と同時に離婚の効果を発生させるのが調停制度の趣旨であるから、当事者を説得して「調停離婚」の合意をさせるのが望ましいと考えることもできよう。しかし、あくまでも当事者の意思を尊重すべきであり、説得してまで「調停離婚」とするのは相当ではない。むしろ、合意が実現できるような実態を調停の席上で形成させることに意を注ぐのが相当である。実務では、協議離婚をする旨を合意したうえで、離婚届出の用紙に一方が必要事項を記載して他方に届出を託すなどして、その実現が図れるように工夫している（〔条項例３〕参照）。

なお、協議離婚届出が提出されなくとも、これを強制する手段がないことから、離婚の届出を速やかに行うことを確約させることが大切である。また、協議離婚届不受理の申出がされているときは、その申出が取り下げられない限り協議離婚届は受理されないので、不受理届出の手続は絶対にとらないことなどを約束させることも肝要である。

⑵　協議離婚の合意と財産分与、養育費、慰謝料等の合意

協議離婚の合意とともに財産分与、養育費、慰謝料等の支払いに関する合意がされたとしても、協議離婚届が受理されなければ、財産分与および養育

費に関する支払義務は法律上生じない。「協議上の離婚をした者の一方は、相手方に対して財産の分与を請求することができる」（民法768条１項）、あるいは「父母が協議上の離婚をするときは、子の監護をすべき者、父又は母と子との面会及びその他の交流、子の監護に要する費用の分担その他子の監護について必要な事項は、その協議で定める」（同法766条１項）と定められ、離婚したことが財産分与あるいは養育費の支払いの要件となっているからである。したがって、このことを当事者に説明するとともに、調停条項にもこの点を明らかにすることが相当である。実務では、「協議離婚届出が受理されたときは」という文言を調停条項に挿入し、この点を明らかにする例が多い（〔条項例４〕参照）。

4　婚姻によって氏を改めた者の離婚後の戸籍

婚姻によって氏を改めた者は、離婚に際して、①婚姻前の戸籍への復籍（戸籍法19条１項）、②婚姻前の氏による新戸籍の編製（同項ただし書）、③婚姻時の氏による新戸籍の編製（同条３項）のいずれかの方法を選択する。このうち①が原則であり、何らの手続をもしないときは婚姻前の戸籍に復籍する。

⑴　当事者の申請による新戸籍編製

婚姻により氏を改めた者が新戸籍の編製を希望するときは、離婚の届出と同時に新戸籍編製の手続をする。

この者を親権者と定めた子がいる場合、三代戸籍禁止のため、親は婚姻前の戸籍に復籍し、子は従前の戸籍に残り別戸籍となることから、親子を同一戸籍としたいときには新戸籍を編成する必要がある。

離婚調停が成立した場合には、申立人に戸籍の届出義務があることから（戸籍法77条１項・63条１項）、婚姻によって氏を改めた者が申立人となっていれば自ら手続をすることができるものの、調停の相手方となっている場合には、届出義務者である申立人にその手続を託さなければならない。そこで、相手方が自ら新戸籍編製の手続をしたいと希望するときは、離婚届出の義務

を相手方に転嫁するため「相手方の申出により」との文言を付加した調停条項を作成している。

なお、調停の席上では、「離婚を求めたのは申立人であり、自分は離婚したくない。にもかかわらず、なぜ、『私（相手方）の申出により』とするのか」との質問をされることがある。あくまでも離婚届を提出するための便法であることを十分に説明することが肝要である。

⑵　調停調書による新戸籍編製

新戸籍を編製するときは、新たに定める本籍地を調停条項に記載する。その際、本籍として定められない地番があり（たとえば、「○丁目○番」では編製できないが「○丁目○番地」なら編製できる）、確実に新戸籍が編製できるようにするためには、当該市区町村の戸籍係に確認することを忘れてはならない（〔条項例５〕参照）。

5　婚姻により氏を改めた者の氏の選択

⑴　婚氏の続称

婚姻によって氏を改めた夫または妻は、離婚によって婚姻前の氏に復するのが原則である（民法767条１項・771条）。ところが、婚姻による氏を長年称していた者が復氏して氏（呼称）が変わることで社会生活上何かと不利益をもたらすことがあり、あるいは、離婚により復氏した父または母とその養育する子との氏が異なることになり不都合が生じることもある。そこで、離婚の調停成立の時から３カ月（協議離婚の合意のときには、離婚届の時から３カ月）以内に届出をすることにより婚氏の新戸籍が編製され、婚姻により氏を改めた者は婚姻時の氏をそのまま称することができる（婚氏続称。戸籍法77条の２）。

⑵　離婚後に婚氏を続称しない旨の合意

調停離婚において、復氏する配偶者が将来、婚姻中に称していた氏を称してはならない旨の合意がされる場合がある。離婚後に婚姻中に称していた氏を称する権利も、夫または妻という身分に法律が付与した身分上の権利とい

うことができ、その自由処分は許されないとして、この合意を無効とする立場がある。しかし、この合意によって称氏の権利を放棄した者が受ける社会生活上の不利益の有無、婚姻中の氏を称することにより他方の当事者が受ける社会生活上の不利益の有無、さらにはこの合意を結ぶに至った具体的事情等を勘案して、合理的理由が認められる場合には、この合意は有効とすることが相当であるものの法的拘束力までは認められず、道義的責任を負うにすぎない。当事者双方がその合意を調停条項に盛り込むことを希望するときには、具体的事情等を検討し、その合理性が認められれば調停条項に盛り込むことなど、適切な処理をすることが望まれる。

⑶　子の氏の変更に関する合意

離婚により母が子の親権者となったとき、子の氏について、家名存続を理由に父の氏をそのまま称することとして母の氏に変更しない旨、あるいは、夫の再婚の支障になるとして母の氏に変更する旨の合意がなされる場合がある。しかし、父また母のどちらの氏を選択するかは子の意思に委ねられるべきものであり、親がその選択の自由を奪うことはできないはずである。したがって、このような合意は認められないとするのが相当である。ただ、この問題も、基本的には離婚後に婚氏を続称しない旨の合意と同様に考えることもでき、各当事者の利益をより具体的に勘案し、合理的理由が認められる場合には、このような合意も有効であるとしても法的拘束力までは認められず、道義的責任を負うにすぎない。

6　調停条項例

離婚および離婚後の戸籍に関する調停条項例は、以下のとおりである。

〔条項例１〕　調停離婚①

申立人と相手方は、本日、調停離婚する。

〔条項例２〕　調停離婚②

申立人（原告）と相手方（被告）は、本日、調停離婚する。

〔条項例３〕　協議離婚の合意①

申立人と相手方は、本日、協議離婚することに合意し、相手方は、離婚届出用紙に所要の記載をして署名押印し、申立人にその届出を託すこととし、申立人は、速やかにこれを届出する。

〔条項例４〕　協議離婚の合意②

1　申立人と相手方は、本日、当事者間の長女あゆみ（平成○年３月３日生）及び長男拓郎（平成○年５月５日生）の親権者を母である申立人と定めて協議離婚することを合意し、申立人において、速やかに届出を完了することとする。

2　当事者双方は、前項の離婚届の受理を条件として、申立人が管理するマンションの売却代金1100万円を、次のとおり分配し、各々取得する。

⑴　当事者双方は、婚姻中に取得した財産の清算分として、各々275万円を取得することとし、申立人は、相手方に対し、平成○年12月17日限り275万円を相手方の指定する口座に振り込む方法により支払う。

⑵　申立人は、長女及び長男の平成○年12月から各々満20歳に達する月までの養育費として、一人につき275万円を取得する。

〔条項例５〕　離婚に伴う新戸籍の編製

相手方は、離婚により、本籍を東京都千代田区〇町〇番地として新戸籍を編製する。

〔著者略歴〕

小　磯　　治（こいそ おさむ）

〔略歴〕　昭和56年３月上智大学法学部卒業、昭和60年３月裁判所書記官研修所養成部修了、浦和地方裁判所刑事部、同民事部、東京地方裁判所民事部、最高裁総務局第三課訟廷調査第三係長、水戸家庭裁判所主任書記官、東京家庭裁判所家事部主任書記官、最高裁家庭局第一課課長補佐、千葉家庭裁判所総務課長、知的財産高等裁判所主任書記官、水戸地方裁判所民事次席書記官、甲府家庭裁判所首席書記官、静岡家庭裁判所首席書記官、平成27年４月から前橋地方裁判所民事首席書記官

〔著書〕　『詳解　遺産分割の理論と実務』（共著、民事法研究会）、『書式家事事件の実務〔全訂10版〕』（共著、民事法研究会）、『離婚時年金分割の考え方と実務〔第２版〕』（共著、民事法研究会）

夫婦関係調停条項作成マニュアル〔第６版〕

平成28年10月27日　第１刷発行

定価　本体2,700円+税

著　者　　小　磯　　治
発　行　　株式会社　民事法研究会
印　刷　　藤原印刷株式会社

発行所　　株式会社　民事法研究会
〒150-0013 東京都渋谷区恵比寿3-7-16
〔営業〕TEL　03(5798)7257　FAX　03(5798)7258
〔編集〕TEL　03(5798)7277　FAX　03(5798)7278
http://www.minjiho.com/　　info@minjiho.com

落丁・乱丁はおとりかえします。　ISBN978-4-86556-118-0　C2032　¥2700E
カバーデザイン　袴田峯男