

第1 清算的財産分与の意味・対象財産と分与基準

目次

1 清算的財産分与の意味

(1) 財産分与の性質・内容・根拠

ア 財産分与の3要素

イ 清算的財産分与の実質的根拠

(2) 財産分与請求権の権利性・相続性

ア 財産分与請求権の形成

イ 財産分与請求権の権利性

ウ 財産分与義務の相続性

(3) 有責配偶者の財産分与請求権

(4) 内縁配偶者の財産分与請求権

2 財産分与（清算）の時期

(1) 清算の基準時の考え方

(2) 基準時の例外的場合

ア 同居と別居が繰り返される場合

イ 単身赴任中の破綻

ウ 出稼ぎ中の破綻

3 清算の割合

(1) 清算割合についての考え方

(2) 特段の事情（寄与度の差が大きく、考慮しないと実質的に公平といえない場合）

ア 特別な資格や能力による格差

イ 就労の態様による格差

ウ 就労の程度による格差

エ 一方のみがする家事労働

オ 一方の特有財産に対する寄与

カ 負の貢献

(3) 特段の事情がある場合の割合の修正方法

4 清算的財産分与の対象財産

(1) 対象財産の基準

ア 基準時に存在する財産であること

イ 夫婦が婚姻中にその協力によって取得した財産

ウ 特有財産

エ 特有財産であっても財産分与の対象となる場合

オ 特有財産かどうか問題となるもの

(2) 類型的な検討

ア 法人名義の財産

イ 将来給付される退職金

ウ 年金

5 基準時後の財産変動

(1) 分与対象財産の評価時

(2) 基準時後の財産滅失等

1 清算的財産分与の意味

(1) 財産分与の性質・内容・根拠

ア 財産分与の3要素

財産分与請求権については、清算的要素、扶養的要素、慰謝料的要素の3つの要素がある。

清算的要素は、婚姻中に夫婦が協力して形成した財産を清算するもので、財産分与の中心であり、この要素の財産分与を清算的財産分与ともいう。

扶養的要素は、離婚後における相手方の生計の維持を目的とするものである。この要素の財産分与を扶養的財産分与ともいう。

慰謝料的要素は、離婚をやむなくさせたことによる慰謝料が主な内容であり、不法行為に基づく損害賠償請求権であって、これは、独立に請求することも可能であり、また、財産分与として請求することもできるというのが、実務の立場である。

財産分与には、このように3つの要素があるが、清算的財産分与が中心的なものであるので、本日は、清算的財産分与を中心に話をする。

イ 清算的財産分与の実質的根拠

(ア) 実質的共有説

清算的財産分与については、婚姻中に夫婦が取得した財産は、夫婦の一方の収入により取得した場合でも、また、一方の名義となっている場合でも、他方の有形無形の協力（寄与又は貢献）に基づいて取得したものであるから、実質的にみれば、共有財産といえることができるので、離婚に際しては、その清算を要するという実質的共有説が多数であり、裁判例も大方はこの見解によっている。

この実質的共有は、民法249条以下に規定する共有（物権法上の共有）ではなく、潜在的なもの、又は内部的なものとする見解が多数であり、第三者との関係では実質的共有を主張できないとし、共有物分割請求も否定される。この立場では、所有権の帰属は、原則として、離婚の際の財産分与によって最終的に決せられる。実務も、多くは、この立場をとると考えられる。

(イ) その他の考え方

夫婦の間に組合関係又はこれに類似の関係を認め、婚姻解消の場合に組合の解散時の財産分割を類推する説、婚姻共同生活における法的評価の平等の実現を保障する制度とするなど、制度的な側面に根拠を求める説（学説ではこれが有力）などがある。

(2) 財産分与請求権の権利性・相続性

ア 財産分与請求権の形成

財産分与請求権は、離婚の成立によって生じるが、その段階では、基本的・抽象的な権利に止まり、現実的・具体的財産分与請求権としては、協議（合意）または審判（裁判）によって形成されるという段階的形成権説が、実務の立場である。

イ 財産分与請求権の権利性

そこで、原則的には、財産分与請求権は、協議成立または審判確定までは、具体的な権利として形成されていないので、相続の対象とならないが、離婚後、財産分与請求中に、権利者が死亡した場合は、請求によって、財産分与請求権がある程度具

体化したとみて、相続の対象となるという扱いがされている。

ウ 財産分与義務の相続性

財産分与義務については、権利と同様に請求によって具体化して初めて相続の対象となるとするものと、請求前でも相続の対象となるとする裁判例が分かれている。最近の裁判例では、後説が有力である。

(3) 有責配偶者の財産分与請求権

いわゆる有責配偶者から、離婚に伴う財産分与を求めることができるかという点については、清算的財産分与は、離婚に至った責任とは無関係として、これを肯定するのが通説であるが、扶養的財産分与については、信義に反し認められないという説が有力である。慰謝料的財産分与は、当然有責性が考慮される。

(4) 内縁配偶者の財産分与請求権

内縁関係についても、準婚関係として、財産分与の規定を準用するのが通説・実務である。

なお、内縁関係が一方の死亡によって解消した場合に、財産分与の規定を類推適用すべきであるとの学説が有力である。これは、婚姻関係が当事者の一方の死亡によって解消した場合には、婚姻中の財産関係の清算は、解消後の扶養の問題も含めて、相続によって処理されるが、内縁の夫婦の一方が死亡した場合には、相続の規定の適用はないので、清算の機会がない。そこで、財産分与の規定を類推適用して救済すべきであるという。しかし、最高裁（最判平12・3・10民集54・3・1040）は、この考え方を否定している。類推適用は、解釈論として、無理があるからである。

なお、以下では、内縁関係解消に伴う財産分与は、特に必要な場合のほか触れない。

2 財産分与（清算）の時期

(1) 清算の基準時の考え方

財産分与が、夫婦の実質的共有財産の清算であるとする、何時、どの財産を、どのように清算するかということが問題となる。

財産分与は、離婚に伴ってされるものであるから、これがされる時期は、離婚時であるが、清算の基準となる時期とは、必ずしも一致しない。清算は、夫婦が婚姻中に協力して取得した財産を離婚に当たって清算するというものであるから、財産形成についての夫婦の協力が終了した時点で存在した財産を対象とすることになる。そして、その時期は、通常、別居時である。

なお、夫婦の協力の終了を、これが完全に終了した時期とするのではなく、通常の場合を想定し、原則として別居時を清算の基準時として、その後も協力がある場合は、最終的な分与においてはこれを考慮することになる。

別居後も、従前の協力関係が続いた場合は、その協力関係の終了時を、清算時期とすることもある。

最高裁判例には、基準時が口頭弁論終結時である旨を述べたものがある（最判昭34・2・19民集13・2・174）。しかし、この判例は、清算的財産分与と扶養的財産分与を含めて一体的に判断した事例に関するものであり、清算的財産分与について別居時を基準にすることを否定するものではないというのが、裁判所の考え方である。

(2) 基準時の例外的場合

別居時が必ずしも明確でない場合は、夫婦の財産形成に対する寄与の終了時はいつかという観点から、客観的な時期を探ることとなる。

ア 同居と別居が繰り返される場合

最終的な別居時が基準となる。ただし、最後の帰宅が一時的なものである場合は、その前の別居を基準とする。

イ 単身赴任中の破綻

当事者が離婚を申し出た日、配偶者が最後に自宅を出た日が基準とされ、海外赴任の場合に帰国後同居しなかった場合には、帰国時とする場合が多いとされている。

ウ 出稼ぎ中の破綻

① 長期の出稼ぎ等で、帰省する機会が次第に少なくなり、特に離婚等の申出をすることもなく、終には帰宅しなくなった場合、原則としては、最後に自宅を出た日を基準日とすることになろう。ただし、その後も、仕送りは従前通り続けたような場合は、仕送りが停止したときや最終的に帰宅しないことが確定したときなどを基準時とすることになろう。

基準日は、夫婦の財産形成への協力関係の終了時という視点で見ることとなる。

② 夫が長期間帰宅しないで、10年以上経ってから突然帰宅したが、間もなく離婚が問題となった際に、留守中に妻が財産を形成していたという場合、最後の帰宅は、財産形成への寄与はない。その前の帰宅のころなどが基準日となる。

③ 帰省しなくなったのが、他の女性と同居していたという場合で、妻の元へは送金しない一方で、結構な資産を築いていたという場合では、財産形成への妻の協力はない。帰宅せず、他の女性と同居した頃が基準日となる。不公平な感じが残る点は、過去の婚姻費用の清算と慰謝料、場合によっては扶養的財産分与で処理する。

3 清算の割合

(1) 清算割合についての考え方

清算の割合については、これを常に平等とする説も有力であるが、実質的共有説の考え方からすると、寄与割合（貢献度）によって清算することになる。ただし、寄与については、有形無形の寄与を考慮する結果、寄与割合は平等と推定する（あるいは、原則平等とする）。実務は、特段の事情がないかぎり平等を原則として、寄与度の差が大きく、これを考慮しないと実質的に公平といえない場合を例外としている。すなわち、一般的な夫婦がその収入に見合った程度の財産形成をしている場合は、その寄与度は平等と扱われている。実務は、原則として2分の1ルールを採用しているといえる。

夫婦の財産形成の形態は、①共働き型、②専業主婦型、③家業従事型などに分けられるが、いずれも原則平等である。

(2) 特段の事情（寄与度の差が大きく、考慮しないと実質的に公平といえない場合）

ア 特別な資格や能力による格差

形成された財産が非常に多く、夫婦の一方に特別な資格や能力があり、これによって高収入が得られており、その財産形成がこれによるといえる場合には、その財産は義務者の固有の能力に基づいて形成された部分が大きいため、寄与割合を変更する場合が多い。義務者に特別な資格や能力がある場合としては、医師、弁護士、

スポーツ選手などが挙げられているが、経営者としての能力もこれに加えられる場合もある。

ただし、格差が認められるのは、資格等がなくても可能な程度を相当超える財産形成をした場合であって、資格等がなくても可能な程度の財産では、2分の1ルールを適用することになる。

イ 就労の態様による格差

危険又は過酷な就労によって多額の財産を形成した場合

ウ 就労の程度による格差

夫婦の一方が、就労可能であるのに、合理的な理由もなく、殆ど働かない場合、服役期間が長い場合など。病気で働けない場合もこの類型か（消極、積極、ケースによる）。

エ 一方のみがする家事労働

家事労働そのものも、財産形成に寄与しているといえるから、これを夫婦の一方のみが行った場合には、専業主婦型でなくても、寄与割合で評価する必要がある。収入がほぼ等しい夫婦において、一方のみが家事育児等の家事労働を行っている場合、この家事労働を財産形成に関して評価しないと公平とはいえない。

オ 一方の特有財産に対する寄与

特有財産の増加に貢献した場合、この貢献による財産の増加部分を財産分与の対象財産とすることができない場合には、これを寄与として考慮する。これを考慮しなければ、公平に反することとなる。

カ 負の貢献

財産形成に負の貢献がある場合も、これを考慮しないと公平といえない場合がある。

負の貢献としては、夫婦の一方が夫婦の実質的共有財産を浪費した場合などがある。

財産の支出が浪費として寄与割合に影響を及ぼすかどうかは、その支出の目的が、個人的なもので、資産及び収入状況に比して常軌を逸したものであるかどうか、その消費以外の寄与度を考慮することになる。

また、夫婦の実質的共有財産の主要なものを、故意に滅失させたり、無断で他へ無償又は不当に低い価額で譲渡する行為も負の貢献といえる。

財産分与対象財産を減らす目的でされる財産処分は、これを考慮しないと公平を害するというべきであり、収入・資産に比して過大といえる無償譲渡は、その意図が推認される。

(3) 特段の事情がある場合の割合の修正方法

寄与度の差が大きくこれを考慮しないと実質的に公平といえない場合の考慮の方法としては、一般的には、原則的な寄与割合（2分の1）を修正する。貢献度に応じて寄与者の割合を増やし、負の貢献の場合には、その者の寄与割合を減らすことになる。

割合を修正する方法としては、その寄与がなかった場合との比較となる。多くの事例では、寄与の態様や時期によっては、財産形成に対する因果関係が明確でないことも多く、結局のところ総合判断となることが多いが、財産形成に固有財産から出捐さ

れている場合や、特定の財産を滅失した場合などは、貢献、負の貢献の額が明確なので、その額を反映させる形で、寄与割合を修正することとなる。

財産形成に固有財産から出捐した場合は、後述するので、負の貢献についてだけ触れると、その財産減少行為がなかったとすれば、どの程度の財産が形成されたかという視点で考えればよい。例えば、基準時の直前に特定の財産を滅失させた場合などは、比較的容易に、その行為がなければ、基準時にその財産が存在したと認めることができるので、滅失した財産に相当する額が基準時に存在するとして寄与割合を算出することになる。

4 清算的財産分与の対象財産

(1) 対象財産の基準

ア 基準時に存在する財産であること

原則的に、基準時に夫婦が有した財産となる。

基準時までには喪失した財産は対象とならない。

基準時に存在し財産は、離婚までに消滅しても、それだけでは対象財産から除外されない。この点は、後でも触れる。

イ 夫婦が婚姻中にその協力によって取得した財産

(ア) 婚姻中に取得した財産

清算的財産分与の対象となる財産は、夫婦がそれぞれ単独名義で又は共有として有する財産の内、夫婦が婚姻中にその協力によって取得した財産であり、夫婦の一方が有する特有財産は除かれる。

すなわち、基準時において夫婦に帰属した財産は、特有財産を除き、財産分与の対象となる。

(イ) 別居の際に持ち出された財産

夫婦の一方が別居する際に、現金等を持ち出し、また、その後、他方名義の預貯金から払い戻しを受けることは、しばしばあり、他方が、不法行為による損害賠償請求または不当利得請求の訴訟を提起することもある。別居の際の持ち出しは、特段の事情がない限り、不法行為や不当利得とならないが、その持ち出された財産は、財産分与の対象となる財産となる。ただし、これが婚姻費用として費消された場合、その額が適正であれば、財産分与の対象財産から除外することになる。

ウ 特有財産

夫婦の一方が名実ともに単独で有する財産を特有財産といい、夫婦が協力して取得したものではないから、財産分与の対象とはならない。これは、概ね3種、すなわち、①夫婦の一方が、婚姻前から有していた財産、②婚姻後であってもその親族からの贈与、相続などによって取得した財産、③夫婦の合意により特有財産とした専用財産がある。なお、特有財産の代償財産は（例えば、特有財産が失火により焼失した場合、失火者から得た損害賠償金）は、特有財産であり、特有財産の果実も、原則として、特有財産である。

特有財産か否か争いがある場合は、特有財産と主張する者が、これを立証することになり、立証できない場合は、共有財産として分与対象財産と扱うことになる。

エ 特有財産であっても財産分与の対象となる場合

夫婦の一方の特有財産であっても、夫婦の協力があつたことにより、喪失せずに維持されてきたものは、財産分与の対象となる。ただし、単なる不動産の維持管理だけでは、これを財産分与の対象とすることはできない。

夫婦の協力により増加した部分はどうか。新版注釈民法(22) 413頁は、これを肯定するようであるが、裁判例は、明確でない。

オ 特有財産かどうか問題となるもの

(7) 特有財産を運用して得た利益

特有財産の果実は、原則として、特有財産であるが、婚姻後に特有財産を運用して利益を得た場合、単なる果実と異なり、運用という経済活動によって得られる利益であるから、運用という活動に夫婦の協力がある場合は、その利益には、夫婦双方の寄与が肯定される。

(イ) 婚姻後無償で取得した財産（相続財産・贈与財産を除く）

宝くじや競馬等によって得た財産など、夫婦が協力して取得したものではない財産でも、それがすべて特有財産になるわけではない。実務の傾向は、夫婦共有財産としている。

理由、①原資が夫婦共有財産である。

②宝くじを購入したりや競馬に興じるような環境にいることに夫婦の協力がある。

⇒ 寄与による構成にはやや無理がある。

③生活保持義務から家族の生活等のために当てられることが期待される財産は特有財産ではないなど

(ウ) 特有財産と婚姻中に取得した財産が混在する場合

特有財産である預貯金に婚姻中に取得した収入が混じり合っている場合、考え方としては、基準時の額から、婚姻時又は内縁開始時における額を控除したものを対象となる預貯金とする考え方、特有財産である預貯金と婚姻中に取得した収入が混じり合った時点で、特有財産は存在しなくなったとし、婚姻時の特有財産の額を、寄与で考慮する考え方がある。実務は、統一していない。

(エ) 特有財産と婚姻中に形成した預貯金とを併せて不動産を取得した場合

概ね3つの考え方がある。

第1は、特有財産によって取得した財産は特有財産であるとのルールから、特有財産を原資とする部分を出捐者の共有持分とする考え方である。

第2は、実質的な共有部分は、特有財産からの出捐部分（特有財産割合という）を除く部分であるが、不動産全体を財産分与の対象とする考え方である。

第3は、財産全体を財産分与の対象とし、特有財産からの出捐は寄与割合で考慮するとの考え方である。実務は、統一していない。

(2) 類型的な検討

ア 法人名義の財産

(7) 原則

法人名義の個々の財産は、法人の財産であり、夫婦の財産ではないから、財産

分与の対象とはならない（法人の株式や持分権は対象となり得る。）。

ただし、法人の実態が個人経営の域を出ず、実質上夫婦の一方又は双方の資産と同視できる場合、法人格否認の法理の要件を充たす場合などは、法人名義の個々の財産を対象とすることもある。

(イ) 法人財産に対する寄与

夫が相続した小規模の会社（非上場、全株式を夫が所有）を夫婦で協力して大きくしてきた場合、株式の価値は、夫婦の婚姻時より大きく増加しているが、この増加に、妻の寄与があるとして株式を財産分与の対象財産とすることが可能か。

妻の寄与の態様にもよるが、原則的には、対象とすることはできない。

ただし、会社が個人会社である場合には、その寄与によって、特有財産が失われずに、あるいは減少せずに維持されてきたと評価できる場合がある。この場合には、減少せずに維持されてきたと評価できる部分を、財産分与の対象財産となし得る。

寄与によって、価値を増加させた場合、増加分を財産分与の対象財産となし得るとの考え方もありえようが、株式の価値が増加しただけでは、難しいと思われる。増資した場合は、増資の資金が、夫婦の共同の資産から出されていれば、その増資部分は、当然、夫婦の実質的共有財産となるが、特有財産からの出資であれば、財産分与対象財産とすることは、困難となる。

寄与はあるが、これによる財産の増加部分を財産分与対象財産とできない部分は、寄与割合により考慮するか、最終的には、一切の事情として考慮することになる。

イ 将来給付される退職金

(7) 将来給付される退職金が財産分与の対象財産となる理由

退職金が財産分与の対象財産となるのは、退職金が労働の事後的対価、賃金の後払いであるという点に求められている。

(イ) 財産分与の対象となる退職金

退職金、退職手当など退職の際に支給される給付金については、支給の蓋然性が高い場合には、財産分与の対象となる。なお、既に支給されたものは、基準時に存在すれば、現金、預貯金として、財産分与の対象となる。

どのような場合に蓋然性が高いかは、勤務先の性質、支給根拠の有無等が考慮される。就業規則（賃金規定）等に支給の規定があれば、原則としては、清算の対象とすることができる。減給、解雇、勤務先の倒産といった将来の不確定要素は、蓋然性が高い場合を除き、考慮されない。また、懲戒解雇のように本人の責任によるものは、基準時後に自らの行為によって喪失したものであるから、退職金を失うことを考慮する必要はない。

支給までの期間については、従前は支給までに相当期間（10年以上）がある場合には、特に私企業の場合、支給の蓋然性が低くなるとして、財産分与の対象とできないという見解が有力であったが、最近では、支給が相当先であっても、退職金が

賃金の後払い的性質を有するものとするれば、勤務期間に応じてその額が累積していると考え、対象財産とするのが実務である。

(ウ) 対象となる退職金の額の算定

基準時までに累積した額のうち、その婚姻期間（または同居期間）に対応する額が財産分与の対象となる部分である。

算定方法は、基準時に自己都合で退職したと仮定した場合の退職金の額から婚姻時までに蓄積された額（婚姻時に退職したと仮定した場合の退職金の額）を控除した額又は、勤続年数によって退職金の算定の率が変わらない場合は、基準時までの在職期間における婚姻期間の割合となる。

退職金の方式には、最近では、確定給付型、確定拠出型、ポイント制など様々なものがあるが、どの方式であれ、基準時に退職したとして、その額を算出する。額は、退職金規程により計算することもできるが、会社で計算して貰うのが手取り早い。確定拠出型は、運用実績が毎年報告されているはずである。

なお、退職時における退職金見込額を基準とする方法もある。退職金は、勤続期間が長ければ支給率が上がるとされることも多いので、これを考慮した方法である。

(エ) 分与の時期

原則は、即時支払である。

しかし、将来支給されるものであるから、義務者の資力の関係で、即時に支払えない場合があり、その場合には、支給時において支払うとされる場合がある。この場合、支給時までの金利を考慮するし、履行を確実にする方法が検討されなければならない。「退職金を受領したとき、その受領金額の2分の1を支払う」というような合意がされることがあるが、これでは強制執行をすることができない。

ウ 年金

(7) 確定給付企業年金

退職金の分割払いとみることができ、財産分与の対象となる。具体的に対象となる額は、基準時における脱退一時金又は年金に代わる一時金の婚姻期間に対応する額である。

(イ) 確定拠出年金

確定拠出年金のうちの企業型年金は、退職金の前払いの性質を有するものであり、財産分与の対象となる。具体的に対象となる額は、基準時における年金資産残高（評価額）の婚姻期間に対応する額である。その額は、確定拠出年金運営管理機関に照会すれば分かる。

個人型年金は、個人が掛金を拠出したものであり、預貯金と同様に財産分与の対象となる。

(ロ) 個人年金

個人年金は、保険会社や銀行、証券会社等が販売する保険商品・金融商品であり、その内容は、貯蓄的なものから、老後保障的なものまで、様々なものがある。これらは、一般の保険契約の場合と同様に、基準時における解約返戻金を分与対象財産とすればよい。

5 基準時後の財産変動

清算の対象財産は、基準時によって特定するが、分与そのものは、離婚時にされるので、基準時から離婚までの期間に、財産そのものが変動したり、その価額が変動する場合がある。

(1) 分与対象財産の評価時

分与対象財産の評価は、現実に分与がされる離婚時である。審判等の裁判によって決定される場合は、裁判時となる。

評価の方法は、遺産分割事件における遺産の評価と大差はない。

不動産は、実務では、固定資産税評価証明書によることが多い。

建物など、評価の減少が経年による場合は、基準時から離婚時までこれを利用した者の利用によって減少したといい得るが、離婚前の利用については、利用する夫婦の一方に利用権限があるので、利用利益を考慮することはできないであろう。

敷地利用権付きの建物の場合、通常、敷地利用権の価額を加えた額となるが、敷地が夫婦の一方の特有財産の場合には、敷地利用権も特有財産とする場合もある（東京地判平5・2・26判タ849・235、山本33頁）

(2) 基準時後の財産滅失等

基準時後に、財産分与対象財産が処分されたときは、不当に安く処分したのでない限り、処分価額を評価額とする。

基準時後に、財産分与対象財産が滅失した場合、その代償財産があればこれを対象財産と扱えばすむが、代償財産がない場合、滅失の原因によって扱いが異なる。

滅失の原因が、夫婦双方に責任がない場合は、その財産は存在しなかったものと扱う。

滅失の原因が、夫婦の一方に責任がある場合は、その財産がなお存在し、責任ある当事者が取得したものとする。

価値が減少した場合もこれに準じる。