

日本の家事調停の独自性と課題

——合意解決を目指して——

徐 文 海*

目 次

はじめに

- 一 家事調停制度の沿革
 - 1 戦前の家事調停制度の沿革
 - 2 家事審判法から家事事件手続法まで
- 二 家事調停制度の特徴
 - 1 調停・審判を扱う家庭裁判所の確立
 - 2 調停前置主義の採用
 - 1) 調停前置主義の理由
 - 2) 調停前置主義への批判
 - 3) 小 括
 - 3 別席調停と同席調停
 - 1) 別 席 調 停
 - 2) あっせん型調停
 - 3) 同 席 調 停
 - 4) 別席調停と同席調停の連携
 - 4 家裁調査官の設置
 - 1) 制度の発足
 - 2) 役割の変化
 - 3) 現在の到達点
 - 4) 調査官調査のあり方
- 三 家事調停の実情
- 四 合意解決の促進——新しい動向——
 - 1 経済的な子の利益の保障
 - 2 面会交流の保障

* じょ・ぶんかい 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

五 家事調停制度の課題

- 1 全件調停前置主義への反省
- 2 裁判官、調停委員、調査官の責任分担と連携
おわりに

はじめに

日本の調停制度は、民事調停と家事調停に分けて運営されている。民事調停については、すでに論じたように¹⁾、同席で行われ、調査官制度が設けられておらず、地代借賃増減請求事件以外、調停前置主義が採用されていない。一方、家事紛争は、民事紛争に対して、紛争の継続性が高く、権利義務の明確さより、感情の影響が強い。特に、離婚紛争の場合には、単に夫婦間の紛争解決だけではなく、子の利益を考慮しなければならない。制度上に調停を行うことができる事件（家事事件手続法〔以下、家事法と略記する〕244条）について調停前置主義が採用され（同257条）、民事調停と異なり、別席調停が常態であり、必要と認めるとき家裁調査官が関与するなど大きな違いがある。家事事件と民事事件の差異について、異議はないが、この差異によって、家事調停を民事調停と区別して、独自のな制度を設ける必要があるのか、さらに、家事調停制度の独自性が認められるとしても、各制度や運営に合理性があるのか、この合理性の理由は変化するのか、特に子どものいる離婚紛争における調停理念の発展などについて探究したい。

一 家事調停制度の沿革

1 戦前の家事調停制度の沿革

日本における家事調停に関する制度の発端は、第一次世界大戦後の民法

1) 徐文海「訴訟と調停の連携(2・完)——日中比較を通じて——」立命館法学353号(2014年6月)147頁以下参照。

改正についての議論まで遡ることができる。当時、日本の家制度の伝統を尊重することが重視されている。1919年、内閣に臨時法制審議会が設置されると同時に、「政府ハ民法ノ規定中我邦古来ノ淳風美俗ニ副ハサルモノアリト認ム。之カ改正ノ要綱如何」という諮問が政府から発せられた²⁾。これに対して、臨時法制審議会は、親族・相続法の改正案を議論する途上において、家事に関する紛争が、「温情ヲ本トシ道義ノ觀念ニ基キ」、通常裁判所の権限から除いて、特別措置が必要であるという、いわゆる、家事審判制度が設けるべきであるという方針が認められていた³⁾。その後、審判および調停が対応すべき紛争の種類、家事審判所の組織などの具体的な点まで調査議論されたが、民法の親族相続編の改正作業が遅々として進まないため、法定されるには至らなかった⁴⁾。

結局、すでに紹介したように⁵⁾、日華事変が起こった後の1939年に、戦没将兵の遺家族間における恩給・扶助料をめぐる紛争が生じ、それらを迅速円満に解決することが急務とされたので、家事調停の部分のみが人事調停法の形で制定された。人事調停法は、同じ「親族間ノ紛争其ノ他家庭ニ関スル事件ニ付キマシテハ、之ヲ道義ニ本ヅキ温情ヲ以テ解決スル（ことが）最モ望マシイ」という理由で提案されたが、実際には、家事に関する特有のことが法律条文には一切反映されていなかった。調停前置主義なども採用されず、借地借家調停法の準用規定があるので、文言を変えると、直ちにほかの分野の調停法にもなれる法律であった。

臨時法制審議会と人事調停法の提案理由で用いられた「道義」と「温情」に内在する意味も全く一致ではない。前者の場合、日本の家族制度における道義と温情は、近代的な家族・婚姻観にとって極めて不合理な価値観も含まれていた。要するに、調停を代表とする家事審判制度を設けた

2) 最高裁判所事務総局『わが国における調停制度の沿革』（1951年）45頁。

3) 内藤頼博「家庭裁判所の沿革」中川善之助・青山道夫ほか編『家事裁判 家族問題と家族法Ⅶ』（酒井書店 1957年）79頁。

4) 沼邊愛一「家事調停制度の回顧と課題」家庭裁判月報41巻1号（1989年1月）19頁。

5) 徐・前注1）・162頁。

かった背景には、家事に関する独自の特徴に対応すること以外、近代的な法理念・法制度の適用を排除し、伝統における不合理的な部分を維持する意味もあった。一方、人事調停法の立法理由は、非常に簡単であり、前述のような現実的な社会問題に対応するためであった。道義や温情などの言葉を使って、古来の「淳風美俗」と親族間の「健全」な共同生活を維持し、旧制度との妥協を図ったもの⁶⁾とされている。

2 家事審判法から家事事件手続法まで

大正年間にすでに出されていた、家事審判制度の構想は、ようやく戦後の民法親族相続編の改正に伴い、1948年に家事審判法の形で実現された。「個人の尊厳と両性の本質的平等を基本として、家庭の平和と健全な親族共同生活の維持を図ることを目的とする」（旧家事審判法〔以下、旧家審法と略記する〕1条）理念は、従来の「淳風美俗」や「道義二本ヅキ温情ヲ以テ解決スル」家事事件に関する構想とは異なり、憲法24条の理念が導入されている。家事審判法によって、家事調停や家事審判を処理する、地方裁判所の支部として家事審判所が設けられ、第18条1項の規定によって、「人事に関する訴訟事件その他一般に家庭に関する事件」について調停前置主義を採用した。

しかし、1949年、GHQ が強く主張したことから、家事審判所を、法務省の所管であった少年審判所と併合し、地方裁判所から独立した裁判所として、家庭裁判所が設置された⁷⁾。アメリカのファミリー・コート理念を基調とする家事事件と少年事件について司法権を有する家庭裁判所制度は、当時の世界でも先進的な試みであると考えられる。その後、1951年、家事調停・家事審判に必要な事実の調査を担当する専門職員としての家事調査官を設けた。同年から、事件関係人の心身の診査を行うための医務室が次

6) 重松一義「家事調停制度半世紀の歩ゆみ」中央学院大学人間・自然論業15巻（2002年3月）130頁。

7) 斎藤秀夫・菊池信男編『注解家事審判法〔改訂〕』（青林書院 1992年）48頁。

第に各家庭裁判所に設置されてきた。1954年、少年調査官と家事調査官の統合による家庭裁判所調査官制度が確立した⁸⁾。1956年、家事審判法改正によって、履行確保に関する履行状況の調査および勧告、履行命令および制裁、寄託制度が設けられ、家裁調査官の調査機能も家事審判規則によっていっそう明確にされ、充実したものとなった⁹⁾。1950年代は、家庭裁判所の創設整備期¹⁰⁾であり、家庭裁判所制度の基本構造が完成した。

その後、国民の権利意識の変化、社会の変容に伴い、家庭紛争の性質自体が変化し、都市型の家事事件が中心になったため、調停に専門的知識や専門技法の活用が必要になった¹¹⁾。ゆえに、60年代中旬から、家事調停に裁判官はできるだけ立会うことにより、調停の規範性を高めるとともに、次第に能力を高めつつあった調査官の調査を家事審判のみならず、家事調停にも導入し、調停の科学性・合理性を担保しようとする活動が行われた¹²⁾。一方、1974年の法改正によって、家事調停委員の専門性が強調された。同年施行された「民事調停員及び家事調停委員規則」は、調停委員の資格を40歳以上70歳未満の法律専門家調停委員、技術専門家調停委員と有識者調停委員の3種類の委員に限定した。調停委員の専門化と若返りが図られた¹³⁾。

同じ時期から、核家族化の進展、価値観の多様化、権利意識の高揚などによって、調停困難なケースが増え、当事者合意の強調と子の福祉への配慮という理念の変化にしたがって、調停にかかる時間も以前より延び、結局不成立に終わる事件が多くなった¹⁴⁾。ゆえに、調停に代わる審判による解決が活用された。しかし、この審判が異議により失効することから、

8) 沼邊・前注4)・20～1頁。

9) 宇田川潤四郎「履行確保に関する家事審判法の一部改正等について」法曹時報8巻5号(1956年5月)590頁以下参照。

10) 沼邊・前注4)・18頁。

11) 野田愛子「家事調停論のフィード・バック」ケース研究219号(1989年5月)11頁。

12) 沼邊・前注4)・26頁。

13) 野田・前注11)・11頁。

14) 沼邊・前注4)・28～30頁。

効力を強化する法改正が期待された。一方、本来すでに深刻化していた裁判官の不足という問題の改善がいつそう強く求められた。1980年の法改正によって、当事者の出頭を確保するための措置が強化され、調停前の保全処分に対する執行力が明確されたが、上記2つの課題は未解決だった。ようやく、2003年に非常勤裁判官としての家事調停官制度が導入された。また、同年、家庭裁判所創設以来の課題である人事訴訟の家裁への移管の問題は、人事訴訟法の公布によって解決された。家事調停・家事審判・人事訴訟を専門に扱う裁判所として統一され、機能としても、家裁調査官制度が拡充されたことなどによって、家庭裁判所の独立性と独自性が本質的に実現した¹⁵⁾。

2011年、「国民にとって利用しやすく、現代社会に適合した内容とするため、…家事審判法の現代化にふさわしい内容の規律の見直しを行う」という基本方針に基づいて、家事法が制定された。佐上善和教授は、「法律と規律の関係が整理されたこと」と、「非訟法を準用しないことになった関係上、様々な事項についてすべて自ら規定を置くことになり、その結果明確性が著しく向上したこと」を指摘し、「自己完結的な家事事件手続法」と評価している¹⁶⁾。家事審判だけではなく、家事調停においても、柔軟性が維持されつつ、当事者の手続保障がいつそう強化された。家事調停の合意による解決としての側面と、裁判所内の手続として裁判所から規律される側面のバランスがこれから、さらに調整すべき課題であると思われる。

15) 三ヶ月章「家庭裁判所への人事訴訟移管の司法政策的意義——特別裁判所概念の再検討と再評価をめぐって——」家庭裁判月報56巻4号（2004年4月）5頁以下、野田愛子「人事訴訟の家庭裁判所移管と家庭裁判所の独自性——家庭裁判所調査官の調査を中心として——」家庭裁判月報56巻4号（2004年4月）33頁以下参照。

16) 佐上善和「家事審判・家事調停の改革についての評価と課題——手続法の視点から」法律時報83巻11号（2011年10月）33以下参照。

二 家事調停制度の特徴

家事調停制度は、旧家審法の制定から、数度の法改正を経て、最終的に家事法に受け継がれているが、その重要な特徴は、調停・審判を扱う家庭裁判所の確立、調停前置主義の採用、別席調停の常態化および家裁調査官の設置である。これらの特徴は、当事者の紛争をより効率的に解決するためのものとして位置づけられてきた。

1 調停・審判を扱う家庭裁判所の確立

家事審判法は、新憲法の理念を継承したのは異議がないが、民法改正時の「家」制度廃止反対論者に対する妥協もある¹⁷⁾。つまり、「健全な親族共同生活の維持」は、当時、現実に存在していた旧制度下の社会的価値との妥協の意味を有する。特に家事調停の場合には、その処理方法・手続・体制などが、戦前の構想を引き継ぎ、実際に調停を担当する調停委員も従来の「淳風美俗」という古い価値観を有する者が多かった¹⁸⁾ことから、よく批判された。そのほか、人事訴訟に対応すべきかどうかや、家事事件の処理における後見的な意味がある社会的、行政的な職能と裁判所の司法職能との関係など解決すべき問題点が数多くあった。これらの問題点は、その後、理論的な議論と実務上の改革、さらに法律の修正によって、解消されていくが、家事審判法制定当時においては、非訟事件裁判所と言われた家庭裁判所¹⁹⁾には時代的な理由があったといえる。

民事調停の沿革で紹介したように、戦後の財政逼迫の状況において、全国的に家庭裁判所を設けるため、裁判官の増員には極めて困難があった。

17) 野田愛子『家庭裁判所制度抄論』（西神田編集室 1985年）35頁。

18) 佐上善和『家事審判法』（信山社 2007年）9頁。

19) 平賀健太「家庭裁判所——基本原理と反省——」中川善之助・青山道夫ほか編『家事裁判 家族問題と家族法Ⅶ』（酒井書店 1957年）165頁。

そして、親族・相続法の改正によって、従来の理念が大幅に変わって、国民の理解と利用にはともかくとして、実際に紛争を処理するとき、裁判権専有の地方裁判所ではなく、新しい家庭裁判所によって訴訟に対応するのは、旧来の理念にとっては大きな変革であった。三ヶ月章教授は、家庭裁判所として、訴訟ではなく、審判や調停という、主流とはいえない司法制度を採用したことは、賢明な選択であったといわざるをえない²⁰⁾と評価した。さらに注意すべきことは、家庭裁判所の設置は、日本の固有的な家事審判制度の継続的な発展とは言えず、むしろアメリカのファミリー・コート理念に基づく試験的な創造である²¹⁾ことである²²⁾。理念は先進であったが、日本社会の国民生活と融合しうるかどうかは断言することができなかった。その上、家事審判法も、家庭裁判所への統合も、短い期間で法定化された²³⁾。立法作業は綿密かつ慎重なプロジェクトであるべきであり、このような短い期間で作られた法制度は、必ずしも完璧とはいえず、不十分さや疎漏がないと期待するのは無理であろう²⁴⁾。逆にいえば、法制度の激変における立法、特に、家制度という日本の旧社会理念と激しく衝突したのみならず、外来の圧力でもあった家庭裁判所制度の制定にあ

20) 三ヶ月章『民事訴訟法研究 第8巻』（有斐閣 1981年）285頁。

21) 家庭裁判所と少年裁判所を併合して家庭裁判所を設置する提案をしたGHQの説明によれば、当時のアメリカでは、このような家庭裁判所はまだ存在していなかった。ただこのように併合する傾向があった（内藤・前注3）・104頁）。併合に反対や異論があっても、結局、成立した。ゆえに、「この結合は恋愛結婚でも見合い結婚でもなく、一種の政略結婚であったというべきである」というユーモラスな評価があった（重松・前注6）・127頁）。

22) もちろん、野田愛子裁判官が提唱するアメリカのファミリーコート論に反対して、家庭裁判所が日本の家庭審判制度の沿革の一部であるという説もあるが（堀内節『家事審判制度の研究』（中央大学出版部 1970年）4頁）、この説は、家庭裁判所の重要性と独立性を重視する意味があるが、伝統的な価値観の維持や、家事事件の科学性の軽視などの問題点もある（野田・前注17）・36～7頁）。

23) 家事審判法は、1946年9月に立法構想が提出され、1947年12月に公布されるまで、僅か1年余りであり、家庭裁判所は、1948年5月にGHQから提案をされたから、最後に1948年12月に裁判所法改正案によって公布されるまで、半年であった（内藤・前注3）・92～3、104～6頁）。

24) 三ヶ月・前注20）・284頁。

たって、このような疎漏を避けるため、できるかぎり、厳格な訴訟制度より、柔軟な調停や審判制度を設けるのは、よりリスクが少ない立法技術といえるであろう。残された人事訴訟の移管や当事者権の保護などの問題点は、その後の実務上の経験の積み重ね、並びに、継続的な議論によって成熟され、整備された理論を加えて、次第に解決されていくのである²⁵⁾。

2 調停前置主義の採用

旧家審法17条の規定により、調停を行うことができる事件については訴えを提起しようとする者は、まず家庭裁判所に調停の申立てをしなければならない(旧家審法18条1項)。調停申立てをしないで訴訟を提起した場合には、裁判所は家庭裁判所の調停に付さなければならない(旧家審法18条2項)。これはいわゆる人事訴訟事件と家事事件の調停前置主義である。

調停前置主義の構想は、大正年間の臨時法制審議会においても立てられたが、家事審判法によって初めて採用された²⁶⁾。ここでは調停前置主義が採用された理由について論じたい。

1) 調停前置主義の理由

通説によれば、調停前置主義の採用理由はおおよそ以下の3つの点である。① 訴訟手続はすべての家事事件に対応できないだけでなく、家庭の平和と健全な親族共同生活の維持を図るためにも適切ではない。② 家庭に関する事件、身分関係事件は非合理性がある。訴訟で法の画一的な適用によって結論を出すのではなく、家庭裁判所調査官や医務室技官などによる人間関係諸科学の知見を活用して、人間関係の調整を行いながら事件終了後の円満な関係形成も含めて具体的に適正妥当な解決を図る。③ 調

25) そのほか、家事事件は一般民事事件より独自性がある。家族紛争解決の理念は、人間関係調整の機能と司法的解決の機能の2つがあるので、特別な司法制度が必要であるという観点も、家庭裁判所の成立理由の一部であると言われている。この点は後で検討する。

26) 斎藤・菊池編・前注7)・707頁。

停により簡易迅速に紛争を解決することによって、経済的に弱者である妻などの立場を保護する必要がある²⁷⁾。

以上の理由のうち、①は立法趣旨からの説明である。立法時の趣旨説明によれば、「調停前置主義は関係者の互譲により円満かつ自主的に解決する」措置である²⁸⁾。青山達氏は「特に離婚の場合には、かつて幸せな思い出があった男女を宿敵のこどく対決させ互いに非難し合うような方式（訴訟）のもとでは、紛争をうまく解決するかどうかはともかく、両方の関係がいつそう悪化し、別の争いを誘発することも決して少なくない」²⁹⁾と述べている。さらに、離婚紛争には、子の親権、養育費の支払いなど、将来にわたる事柄も含まれ、当事者双方の納得付くの合意こそが、関係者全員の将来にわたる安定した解決につながる³⁰⁾という主張もあったが、まだ主流にはなっていなかった。

②の前半の身分関係の非合理性（特殊性）について最初に提唱したのは中川善之助教授である。中川説によれば、社会関係は、本質社会結合と目的社会結合とに分かれ、本質社会結合は、結合のための結合もしくは結合せざるを得ずして結合する性情的関係であるのに対し、目的社会結合は、目的意識を基礎として選択した結合である³¹⁾。身分法関係は、人が有機的な活動に当たって自然に生み出すところの本質社会結合であり、いわゆる自然的関係である。「全人格的」で「超越法的」である身分法関係は経済関係を基礎とする財産法関係とは異なる。財産法関係に適用する定型的

27) 佐上・前注18)・330～1頁。齋藤・菊池編・前注7)・707頁。梶村太市・徳田和幸『家事事件手続法〔第2版〕』（有斐閣 2007年）45頁。梶村太市『離婚調停ガイドブック——当事者のニーズに応える（第4版）』（日本加除出版 2013年）13頁。

28) 堀内・前注22)・438頁に引用された「家事審判法応答資料」による。

29) 青山達「調停前置主義について」谷口知平・川島武宜ほか編集『現代家族法大系1 総論・家事審判・戸籍』（有斐閣 1980年）319頁。

30) 東原清彦「調停前置主義について」ケース研究193号（1982年12月）50頁。

31) 中川善之助『身分法の基礎理論——身分法及び身分関係——』（河出書房 1939年）34頁。

な法律は、必ずしもすべての身分法関係に適用するとはいえない³²⁾。我妻栄教授は身分法関係の特色を「非合理性」と約言し、これがその後の学説において定着した³³⁾。

③については、調停前置主義の採用理由だけではなく、家庭裁判所、あるいは家事審判制度の設ける理由の一部ともいえる。伝統的な観点によれば、裁判は具体的な紛争を法律に規定された要件事実が存在するかどうかを確定し、法的な価値判断を下すことになる。社会問題の解決は、裁判所の直接の任務ではない。しかし、法の社会化の観点から、法律の処理する対象は、抽象的な独立の法律要素の判断と分類ではなく、社会的な現実としての具体的な問題である。この観点は、信義則や権利濫用などの原則に現われるだけではなく、借地借家法、そして借地借家調停法にも見られる³⁴⁾。民事調停法の沿革でも論じたように、どの法律の改正や施行でも、当時の社会問題に直面している。法律の合理性の判断は当該時期の社会背景を考慮しなければならない。つまり、法律には一定の政策が含まれるのである。

家庭裁判所制度でもそうである。少年事件における少年の保護と家事事件における弱い地位にいる妻や子の保護は法の社会化の体现である。日本の家事紛争解決の理念、いわゆる家庭裁判所の運営の理念は、家族人間関係の破綻、そして解体する状態での権利義務の分担ではなく、紛争から再組織へと復元するように努力するところにあると言われている³⁵⁾。離婚紛争を例とすれば、家庭裁判所が紛争を処理するとき、離婚という結果が適するかどうかを判断せず、まず離婚しないという結果を追求するため努力しなければならない。平賀健太氏は「離婚は決して子どもの将来の幸福

32) 中川・前注31)・79頁以下参照。

33) 我妻栄「家事調停序論」末川博・中川善之助・舟橋諄一・我妻栄編『家族法の諸問題——穂積先生追悼論文集——』(有斐閣 1952年) 561頁。これ以後の文献は、すべてこの我妻説を引用している。

34) 平賀・前注19)・126~7頁。

35) 深谷松男『現代家族法〔第4版〕』(青林書院 2001年) 299頁。

を保障することはできない。いな、離婚は、子どもから永久に父を奪うことによって、子どもをよりいっそう不幸にさえもする。さらに、離婚は、「この母と子どもの将来の物質生活さえも保障しはしない」と主張していた³⁶⁾。調停前置主義の採用によって、離婚をするかどうかについて、当事者に再考の機会を与える。夫婦という人間関係の社会的および法律的な重要性を考慮して、妻と子どもの保護のためにも、離婚という破局を防止することに努力しなければならない。それはあたかも犯罪者を保護観察に付することによってこれに対する刑の宣告を回避するという刑事手続におけるプロベーションとその機能を一にする³⁷⁾と言われていた。

2) 調停前置主義への批判

しかし、調停前置主義の採用には批判的な見解もある。野田愛子裁判官は、以上の理由のうち、②の後半の家庭裁判所の調整的機能を果たすために利用される家庭裁判所調査官や医務室技官の専門的知識と技術など以外のものは、「調停制度そのものの存在理由になっても、調停前置主義の根拠として薄弱」であると評価した³⁸⁾。つまり、家庭裁判所が、離婚調停事件すべてに調整的役割を果たしうるか、また、それを果たす必要があるかについては、かなり疑問があるとし、協議離婚が承認される日本においては、裁判所に離婚訴訟を提起したとき、夫婦の間はすでにこじれ、むしろ法律的解決を望むという事案は、少なくないことなど、「調整への努力」を無意味なものにしがちであり、司法機関におけるケースワークには限界があるばかりか、現実的な問題としてすべての事件にケースワークできるほどの多くのケースワーカーを持つことも不可能であろうなどの点も指摘され、調停前置主義を支える実質的理由を発見できないとした³⁹⁾。

36) 平賀・前注19)・123頁。

37) 平賀・前注19)・167頁。

38) 野田愛子「調停離婚」判例タイムズ167号（1964年12月）97頁。

39) 野田・前注38)・97頁。

野田説を拡張していえば、家事事件、身分関係事件の非合理性があるから、直ちに調停前置主義を採用すべきに導くことこそ「非合理」であろう。明山和夫教授は、「紛争の当事者の多くの者が、…上記の（自生的、感情的、非計算的）特性を具有するであろうところの正常な身分関係から離脱した非結合の状態において、感情的にも利害関係上でも相対抗しているのであって、その間の対抗状態は債務不履行によるものであれ、不法行為によるものであれ、財産上の紛争における特別な差異は見られない」、さらに、「家族調停制度が日本の精神的風土に適したものであり、日本人の家族観にふさわしいものである、などというのはなんら証明せられていないドグマにすぎぬものである」⁴⁰⁾と述べ、家事事件が調停に親しむかについては異議があった。岩井俊裁判官は、「家事事件の非合理性を強調することが、基本的な権利義務の関係を曖昧にしてしまうことはないか、また非合理性がかつての家制度的な家族観やいわゆる古来の淳風美俗を復活させることになるおそれはないかにある」⁴¹⁾と疑問を示していた。

この家事事件の非合理性は、特に継続的な関係については、財産法の分野にもある。例えば、借地借家などの紛争では、重視される当事者の信頼関係は家事関係と類似性があり、民事調停や付調停の利用にも重要な標準となるものであるが、直接、調停前置主義の根拠になるとはいえないだろう。当事者の希望、意思と無関係に、人間関係調整を含む調停という関門を必ず通らなければならぬと強制する制度は、人間関係調整についての原則からみても納得できるものではない⁴²⁾からである。家庭に関する紛争は、民事紛争の一部であり、民事調停と同様に、当事者に訴訟か調停かの選択権を与え、また受訴裁判所の職権による付調停の途を設けることで十分ではないだろうか⁴³⁾。換言すれば、当事者の訴訟か調停かを選択権

40) 明山和夫「家事調停制度管見」ケース研究80号（1963年12月）38～9頁。

41) 岩井俊「民事調停と家事調停の限界」別冊判例タイムズ4号（1977年10月）72頁。この指摘は、川島説、佐々木説などにも共通する。家事調停委員の考え方が問われていた。

42) 磯野誠一「家事調停について」別冊判例タイムズ4号（1977年10月）20頁。

43) 岩井・前注41)・71頁。

を剥奪されることについては、裁判を受ける権利の観点からも疑義がある⁴⁴⁾。調停前置主義の採用を支持する立場に立つ学者に対して、裁判官には一定の批判的な観点が見える。弱者である妻・子どもの保護および人間関係の調整を出発点として前置する調停のケースワークの効用が過剰に期待されるが、非現実的と批判する野田説が60年代にもあった。70年代になって、当事者に紛争解決の選択権を与えるべきという観点が次第に重視されてくる。

3) 小 括

家事調停前置主義の採用に影響がある、あるいは、家事調停制度の利用に推奨するもう1つの要素は、末川博氏が言われた家事審判法の実体法と手続法との交錯⁴⁵⁾という点である。民法763条と770条には、協議上の離婚と裁判上の離婚と2種を規定して、これに対して、旧家審法の17条と24条は、調停上の離婚と審判上の離婚を規定する。本来、実体法の規定に従って、紛争を解決するが、民法に規定される離婚の事由は僅か770条の1項の1号から5号までである。5号における重大な事由も破綻主義⁴⁶⁾の発展によって、変化しているので、その時期には離婚に対応することは決して十分とはいえない。要するに、司法制度によって離婚紛争を処理するため、裁判上の離婚以外の処理手続が望ましい。手続だけではなく、離

44) 磯野・前注42)・20頁。

45) 末川博「改正民法と家事審判法——実体法と手続法との交錯について——」私法1号(1949年5月)5頁以下参照。

46) 最大判昭和62・9・2(民集41・6・1423)は有責配偶者からの離婚請求であっても信義則に反しない場合には、離婚請求が認められるとし、①夫婦の別居が両当事者の年齢および同居期間との対比において相当の長期間に及ぶこと、②夫婦間に未成熟子が存在しないこと、③相手方配偶者が離婚によって精神的・社会的・経済的にきわめて苛酷な状態に置かれること、の3つの条件を挙げた。つまり、日本の破綻主義は条件付きの破綻主義であり、離婚紛争は訴訟手続に入っても、以前より容易に離婚できるとはいえない。離婚協議が達成できない当事者は、調停をしなければならないというイメージを強く感じる(二宮周平『家族法 第4版』(新世社 2013年)81頁、同『事例演習 家族法』(新世社 2013年)15~6頁参照)。

婚事由の拡張することも望ましい。ゆえに、「一切の事情を見て」（旧家審法24条1項）、離婚するかどうかを判断するのは、実際には、民法が離婚事由を限定していることの意味は、甚だしく失われてしまう結果となる。結局、調停または審判による離婚は、裁判上の離婚に代わる役割を果たすことが多かった⁴⁷⁾。このような実体法上の不備、あるいは実体法と社会実情との不調和は、家事調停制度の利用を推進し、さらに、家事調停前置主義の採用にも一定な影響があるだろう。

しかし、前述した反対意見のように、家事事件の類型や実情を無視して、いきなり調停前置主義を採用するのは、当事者の裁判を受ける権利を侵害するおそれもあるし、確実に当事者の紛争をうまく解決することができるかにも疑問がある。さらに、家庭裁判所の離婚を避ける理念は現在でも適するかについても、家事調停の実情の変化に基づいて議論する必要がある。

3 別席調停と同席調停

1) 別席調停

家事審判法は、家事調停制度を規定していたが、どのような形式で調停を行うのかについて規定はなかった。しかし、日本の実務は、別席調停によって調停を行うことが常態化している⁴⁸⁾。このような理由の1つは、50年代60年代に実務上の有力説である調停裁判説⁴⁹⁾の影響である。家事

47) 末川・前注45)・13頁。

48) 井垣康弘「同席調停」村重慶一編集『現代裁判法大系⑩〔親族〕』（新日本法規 1998年）78頁。

49) 両当事者から定められた合意が、裁判外でなされる限り、その合意は単なる契約にすぎず、家庭裁判所の調停手続でなされた場合に、初めてそれぞれの法的効果が生ずる。この点から見れば、調停の本質は裁判官（調停委員会）の判断にある。この実質的理由のほか、旧家審法では、当事者の出頭の強制、家事事件についての調停前置、調停に代わる審判などの強制力がある規定があるので、形式的にも調停は裁判であるといえよう（村崎満「家事調停私論——その理念と実務（1）——」法律時報31巻2号（1959年1月）80頁以下参照）。

調停は「調停委員会は、当事者から十分に事情を聴取して、双方の主張を明確にし、紛争実態を把握して、十分な評議をし、条理に照らし、実情に即し、法律が示すところを検討しながら、調停委員会としての判断を行い、それを当事者に説得（あっせん）する」⁵⁰⁾ものとされたからである。つまり、調停委員は、紛争事実と当事者の主張を整理した後、適切な解決案を心の中で形成して、当事者の納得を得るように説得する。説得は、訴訟のように、両当事者が同席で行うことに何ら理論上の問題もない。しかし、当時の調停委員は、従来の家族観念を持ち、当事者の権利をあまり重視せず、権威による強要的な調停理念に深く影響された者も多かった。ゆえに、両当事者の反抗を避け、速やかに紛争を「解決」するため、本来当事者の権利を重視する意味がある裁判的な調停を誤解して、別席で行われた。

このような学者・裁判官と調停委員の理念上の差異はその時代によく表れている。調停協会編の『調停読本』には、「権利義務などと四角に物言わず」、「論よりは義理と人情の話し合い」、「なまなかの法律論は抜きにして」⁵¹⁾などの法律論、あるいは権利義務論はしないほうがよいということがよく出ている。さらに、川島武宜教授が代理人として、調停に参加した経験によれば⁵²⁾、調停委員が「ここは調停である。債務不履行がないというような法律論をする場所ではない。そんなことをいうならば、一切調停はしない」と言ったことがあった。家裁でもこのように権利を軽視するあるいは無視する傾向があった。

調停の説得を強調するほかに、別席調停を行う実際上の理由として、今

50) 日本調停協会連合会調停委員研修委員会編『三訂調停委員必携（家事）』（日本調停協会連合会 1993年）65頁。日本調停協会連合会から発行した調停委員のガイドブックのように調停の説得を強調することによって、調停委員がこの説得の性質から導かれる別席調停を行うのは自然かつ当然であろう。

51) 川島武宜「家事調停制度の当面する諸問題」『川島武宜著作集 第11巻』（岩波書店 1986年）248頁。野田・前注17）・40頁。沼邊・前注4）・25頁。

52) 川島・前注51）・250頁。

日では、次のようなことが指摘されている。例えば、河野清孝裁判官は、当事者が自由に言いたいことを調停委員に言い尽くすことができること、相手当事者に知らせると調整の余地がない自分の譲歩の限度を調停委員に提示すること、および、高度のプライバシーにわたる内容がある場合の発言などいくつかがある⁵³⁾とする。また、『離婚調停ガイドブック』では、① 当事者は相手方がいない気楽さから、相手方に気兼ねすることなく、気楽に本心を話すことができる、② 相手方を傷つけることなく、その欠点をありのままに指摘できる、③ 相手方には知られたくない自己の秘密なども話すことができる、④ 財産分与の額などが問題となっているときなどの場合には、駆け引きがやりやすい、などがあげられており⁵⁴⁾、家裁実務はこのメリットを重視して、別席を維持してきたように思われる。

調停前置主義の下、人訴事件、別表第 2 の事件では全件調停が行われる。調停の目的も何をするかもわからず話し合う姿勢のない人も調停をする。したがって、実際当事者が、特に妻が、相手当事者との別席調停を望む場合が多い。同席調停ができない場合として、実質的な不能と心理的な不能がある。実質的な不能というのは、一方当事者が相手当事者に対して恐怖心があるなど、心理的な障害が生じ、同席では、自由かつ有効的に自分の意見を表し、相手当事者の主張に反論することが難しい。時には、自分の意思に反して、相手当事者の主張を承認する可能性すらある。この状況は、DV などがある紛争に多く発生し、弱い地位にある当事者が、長期間の家庭生活において、相手当事者に屈服する心理が形成される可能性もある。一方、心理的な不能とは、当事者が相手当事者の前では有効的かつ自主的に意見を表せないだけでなく、相手当事者を嫌い、排斥して、相手当事者との面談を拒否することである。特に、相手当事者が不貞行為をした場合には、相手の不実によって憎しみが生じ、精神状態が不安定で相

53) 河野清孝「心をつなぐ——別席調停・同席調停論を超えて」ケース研究314号（2013年2月）161～2頁。

54) 梶村・前注27)・430頁。

手当事者との同席調停を断ることは少なくないであろう。

他方、別席調停について、デメリットも指摘されている。当事者が自分の認定した「事実」に基づいて、自己の主張を組み立てている。一方の「事実」は、相手の口からはまるで別のものであることが多く、これによって、対話がない当事者には、誤解の上に誤解が重なって、紛争がますます激化する可能性が高い⁵⁵⁾。事実の認定だけではなく、相手当事者への人身攻撃のような発言もよくあり、当事者の話しによると、相手当事者の人物像は、いつも常識離れた「怪男・怪女」である⁵⁶⁾。このような人身攻撃的な発言は、調停委員の紛争実態の把握、そして判断と提案の形成にどれほど役に立つのかが疑問である。紛争の迅速かつ円満な解決には不利益であろう。さらに、別席調停によって、当事者にとって手続がブラックボックス化して疑心暗鬼となり、このような状態の中で、調停機関だけが情報を独占して、それをもとに当事者を説得するという手法をとると、当事者は訳も分からないまま調停委員の巧みな言語によって思わぬ合意を成立させてしまう⁵⁷⁾というのでは、本当に両当事者の紛争を円満に解決するといえるのか疑問である。また、別席の場合には、ある当事者の言い分を先に聞き、相手当事者を外で待たせるとしても、その時間は短くない。待つ人の気持ちはどのようになるのは簡単に想像できる。仮に一方の言い分を聞く時間を縮めると、調停委員は話しをよく聞いてくれないという「古典的」な不満も生じるだろう⁵⁸⁾。

以上のような別席のデメリットによって、調停委員のあっせんする、客観的に正しいはずの調停案でも「頑強に」拒否する当事者も生じてくる。しかし、別席調停の理念により熱心に調停を運営している調停委員は、ほ

55) 井垣康弘「夫婦同席調停の活用について」ケース研究236号（1993年8月）79～80頁。

56) 井垣・前注48)・80頁。

57) 梶村太市「面会交流とレビン教授式同席調停——最近の法制度改革を踏まえて」法政研究79巻3号（2012年12月）474頁。

58) 井垣・前注48)・80頁。

かのいい方法を見つけることがあまりできなかった⁵⁹⁾。この実情からみると、家事調停の実務において、別席調停を維持するもう 1 つの理由は、変えたくない慣性にあるのではないかと考える。

2) あっせん型調停

同様の背景で生まれたあっせん型調停は、別席調停の影に添うような存在であると考えられる。両方を組み合わせて、古典的な調停裁判説の理念に従った調停委員が調停活動を行ったといえる。

あっせん型調停の形成理由を究明すれば、まず浮かぶのは、当時の家庭関係が不平等であったことである。50年代、60年代には、国民の権利意識はそれほど高くなかった。当事者も調停委員もそうであった。当事者側からみれば、特に社会的、経済的に弱い立場にいる妻は法的な知識も薄かった。話し合うとき、自分の権利を主張する能力があるかどうかにも問題がある。調停が、しばしば諦めのよい方の妻の一方的譲歩によって成立に至る、いわば、弱者の犠牲の上に成り立つ「強者の合意」になる⁶⁰⁾不合理性があると指摘されている。ゆえに、当事者、特に、妻の利益を守るため、調停委員が主動的にあっせんする必要性が生じた。これも調停裁判説の根拠であろう。同時に、当事者の権利意識が稀薄であったからこそ、国民の心理に、官尊民卑の封建的意識はまだ残存していた⁶¹⁾ものと思われる。したがって、官の性質がある調停委員から行われるあっせん型調停は、容易に成功した。

調停委員側からみれば、彼らの調停実態は、まず和合させる努力をすることにあった⁶²⁾。これは前述のような時期の家事紛争解決の理念⁶³⁾と一

59) 井垣・前注48)・81頁。

60) 上野雅和「離婚調停について」ケース研究236号(1993年8月)5頁。

61) 明山・前注40)・34頁。

62) 小山昇「離婚調停の実際と理論——一人の家事調停委員の経験から——」家庭裁判所月報26巻11号(1974年11月)2頁。

63) 深谷・前注35)・299頁。堀内・前注28)参照。

致する。この理念も旧家審法第1条に規定された「家庭の平和と健全な親族共同生活の維持を図る」のある意味の体现であろう。ゆえに、全面的な法律知識・理念が十分とはいえない調停委員は、「民主的かつ現代的な法律」に適應するため、容易かつ当然にこの理念に注目した。この和合させる理念によって、当事者の利益を守るとき、調停委員は、当事者の主張ではなく、自分の標準に基づいて当事者の権利を定義した。「あなたのため」や「これをすべきだ」などの表現は、このような理念を持つ調停委員の、「民」の問題を解決する「官」の使命感の反映であろう。

第2に、家事審判法が制定された当时には、当事者の出頭の強制と調停前の措置についての規定が設けられていたが、多少の過料ぐらいの制裁は、不出頭者に対して無力であり、履行命令や調停前の仮処分も無力であった⁶⁴⁾。当事者の出頭を確保する措置や調停前の措置の効力は、1980年の家事審判法改正に至って、ようやく強化されてきた⁶⁵⁾。ゆえに、50年代、60年代には、悪意の不出頭や「頑強に」調停の合意を達成させない状況は少なくなかった。これによって、調停の権威と信頼度は大幅に損なわれた。調停解決の効率を確保し、調停の権威と信頼度を高める責任を負う調停委員は、全力を尽くして、「調停合意」の形成を促し、紛争を「円満」に解決させるように努力していた。したがって、強要的なあっせん型調停は自ら最も簡単で、最も効率的な選択だった。

3) 同席調停

以上紹介した別席調停のデメリットに対する反省があり、さらに、調停とは判断であるという調停観に代わり、調停とは合意であるという調停観が次第に強まり、それとともに、アメリカの mediation の考え方からの影

64) 明山・前注40)・40頁。

65) 事件の関係人が不出頭の場合の過料が3000円から5万円に（旧家審法27条）、また履行命令または調停前の措置に反した場合の過料が5000円から10万円に（旧家審法28条1項）、それぞれ引き上げられた（沼邊・前注4)・25頁）。

響⁶⁶⁾を加えて、家事調停では同席調停を採るべきであるという考え方が登場した。

同席調停のメリットは、おおよそ前述した別席調停のデメリットの対立面にあることである。再び『離婚調停ガイドブック』を参照すると、① 当事者同士が同席し対面して話し合っこそ互いのコミュニケーションが促進され、対等な討論が可能となる、② 対面して互いが言いたいことを言い、ぶっつけたい感情をぶっつけ合うことによって感情的葛藤が減少し、理性的会話が可能になるというカタルシスの効果が望める、③ 両当事者に公平でフェアな調停の運営であることが、双方の目に明らかとなるので、相手方や調停機関への信頼を得やすい、④ 双方同席のうえで事実関係を確認すると、双方の誤解や誤認識がとけ客観的事実が明らかとなつて、事実関係の解明に役立つ、などがあげられており⁶⁷⁾、同席調停は、調停の本来すべき調停方式であると言われている。調停の核心は、両当事者の話し合い、相談、互譲などである。すなわち、両当事者共に相談の意欲、そして、合意によって紛争を解決する心理的な準備があつて、初めて調停が進む。したがって、調停にとっては、両当事者の主動的な参加が必要である。

筆者が指摘したように、調停は広義の裁判に属し、家事調停は無制限で純粋な当事者の合意解決手続ではなく、一種の調停規範に照らして行われる紛争解決手続である⁶⁸⁾。これは、新しい家事法ではいっそう明白に見える⁶⁹⁾。司法手続は、実質的正義を追求するだけではなく、手続的正義を追求し、さらに、法規定化して手続的正義が見えるようにする⁷⁰⁾こと

66) 大塚正之「日本の家事調停制度とウイン・ウイン型調停の統合——家事紛争解決プログラムの策定について」法政研究79巻3号(2012年12月)434頁。

67) 梶村・前注27)・431頁。

68) 徐・前注1)・216頁。

69) 家事法第2条は、「裁判所は、家事事件の手続が公正かつ迅速に行われるように努め、当事者は、信義に従い誠実に家事事件の手続を進行しなければならない」と規定する。

70) 谷口安平「手続的正義」芦部信喜ほか編『岩波講座 基本法学 8 紛争』(岩波書店1983年)35頁。

である。新しい家事法は、記録の閲覧（家事法47条）、陳述聴取・審問への立会い（同69条）および証拠調べの申立権（同56条）などの規定によって、当事者の手続保障をより重視する⁷¹⁾。この手続保障の1つの、最も基本的で直接的な手続公正の体現は、同席調停であろう。

東京家庭裁判所では、家事法の本人出頭主義（家事法51条2項、258条1項）に基づく「双方当事者本人立会いのもとでの手続説明」⁷²⁾を行っている。もちろん、同席の手続説明は同席調停とはいえないが、このような方向性が見える。両当事者の同席は、情報、事実関係および対立点の共有だけでなく、心情の共有を図ることもできる⁷³⁾。しかし、家事調停制度は、調停前置主義をとっており、双方当事者の自由意志によって参加する制度ではない。一方当事者の申立てによって、相手当事者が消極的に参加するタイプはともかく、両当事者とも参加したくないのに、調停に入らなければならない。このように調停に消極的な当事者を、強制的に調停に参加させるのは、両当事者の相談・互譲の最初の前提を失わせるのである。しかし、対立・矛盾が深刻な状況にある双方当事者を同席で調停をさせるのも実行困難であろう。したがって、調停委員が別席調停によって、両当事者の意見や主張を互いに伝えて、双方がこの調停で前向きに話しをして紛争を解決しようという心理状態になって⁷⁴⁾、同席調停が可能になる。しかし、家事法第2条に規定される「公正かつ迅速」の原則があるので、調停委員が当事者の同席調停が可能になる心理状態を待つことができるかどうか疑問がある。ゆえに、調停案を強要するあっせん型調停がまだ

71) 徳田和幸「非訟事件手続・家事事件手続における当事者等の手続保障」法律時報83巻11号（2011年10月）13頁。

72) 「双方当事者本人立会いのもとでの手続説明」とは、東京家庭裁判所において、家事事件手続法の施行を契機として、調停委員などが、各調停期日の開始時に調停制度（初回のみ）や調停の進行予定など、各期日の終了時に争点などや次回期日に向けた課題などの説明を、双方当事者本人立会いのもとに行う措置である（大坪和敏「家事審判法から『家事事件手続法』へ」LIBRA 12巻12期（2012年12月）7頁）。

73) 河野・前注53）・161頁。

74) 大塚・前注66）・661頁。

まだ続く可能性が高い。

平賀健太氏は、50年代におけるある調停事件の例をあげた。調停委員が離婚の調停事件の申立人である妻から事情を聴取していたところ、すこし遅れて出頭してきた夫が、調停委員がいることを無視して、いきなり妻を殴打した。もちろん、正常な調停手続を行うのは無理であったが、裁判所の権威や調停委員の人格的影響力などはもはや過去のことであった⁷⁵⁾。前述のように50年代、60年代には、当事者の権利意識の稀薄によって、特に、夫婦平等の理念が深く社会観念に浸透していなかった。自己の権利を主張して守ることは別として、このような家庭紛争が裁判所に入るときには、裁判所や法律に対する畏敬も稀薄であった。この例のような場合には、同席調停を行うことは難しい。しかし、時代の発展によって、法的観念・権利意識が高揚し、夫婦不平等な場合がまだあるが、以前より確かに改善されてきた。経済地位が完全に夫に依存する主婦が多くいるにもかかわらず、妻の社会的適応能力は、女性の知識・技能などの能力の向上および男女平等などの社会観念の浸透によって、いっそう高まってくる。現在の家庭裁判所において、一方当事者が相手当事者に暴力を振るうことはあまり想像できないだろう。以上の要素を総合していえば、別席調停をしななければならない理由も減少しているように思われる。

また、現代の離婚理由の多様化をあげることもできる。離婚紛争は、権利義務の争いではなく、権利義務の内容を調整する争いである。財産分与の内容、子の養育費や面会交流の内容などである。一方当事者の離婚原因は、相手当事者にとって、完全に問題にならない場合もある。例えば、子どもに対する教育方法や教育責任の認識が異なる、相手が浪費する、性格が合わない⁷⁶⁾、相手との共同生活の未来が見えない、家事の分担の不公平などである。離婚理由の多様化によって、当事者が離婚原因に対する追求の程度、あるいは離婚に伴う財産分与や親権者の指定などの争点を処理

75) 平賀・前注19)・120～1頁。

76) 井垣・前注55)・83頁。

するときの譲歩の程度は決して一様ではない。ゆえに、裁判所は、両当事者が離婚原因になる各要素を語り合い、傾聴することができる同席調停を提供すべきである。

4) 別席調停と同席調停の連携

しかし、権利意識が高揚し、弁護士がついている離婚案件が増えてくる。その結果、当事者がより自己の権利保護と実現を重視し、譲歩を行うことは以前より、いっそう困難になる。双方の同席における対抗がさらに激しくなり、困難である譲歩はさらに困難になり、結局、悪循環に陥る。このような状況に対応するため、別席調停を採用しなければならないだろう。しかし、この場合の別席調停、特に離婚に伴う親権者の指定、子の養育費、財産分与、慰謝料などの問題に対応する別席調停は、伝統的な双方当事者に強要的な調停案を提示するあっせん型調停ではなく、この強要的な要素を排除し、人生経験や学識の豊かな調停委員から助言する⁷⁷⁾ことであると言われている。特に弱い地位にいる妻の利益を保護するため、相応な個別アドバイスや援助を提供すべきである。さらに、調停のプロセスを適切にコントロールし、的確な助言をするために、調停委員が別席で双方の心理的状況を把握することは許されるべきであろう。

さらに、注意すべきなのは、ある段階での別席調停は、同席調停の必要する、相談できて譲歩できる心理状態を醸成する意味もある。別席は調停の常態、あるいは主要な手段ではない。合意や譲歩に基づいて展開される調停は、同席で行われるべきである。言い換えれば、より合理的な状態は、同席で行われることであると考えられる。したがって、時にしなければならない別席調停は、同席調停の準備的な役割を有するものである⁷⁸⁾。

77) 小山・前注62)・8～9頁。

78) そこで、別個の問題が生じる。別席調停は紛争解決の側面の性質がある以外、双方当事者の心理的関与の性質もある。ゆえに、この2つの性質の割合、あるいは、だれがそれぞれの役割を担当するかの問題になる。例えば、調停裁判官あるいは調停委員は、一方当事者の心理状況が、調停に適せず、さらに、このような心理状況の回復は専門的心理機構

要するに、別席調停も同席調停も互いに代替できない役割がある。いかに同席調停を強調しても、現段階では、別席調停を捨てがたい⁷⁹⁾。さらに、別席調停とあっせん型調停の強要的な要素を除き、同席調停の補充的な要素という角度からみれば、別席か、同席か、いずれも調停の原則であるというものではなく、当事者の状況や境遇および調停手続の各場面などに応じて、有効と考えられる調停技法として、それらを相互に活用すべきである⁸⁰⁾。別席も同席もただ調停の手段・技法であり、決して調停の目的ではない。家事調停というものは、家事調停委員が、以上の各要素を総合的に考慮し、当事者の自主性を前提として、各争点・段階によって、適合する調停方式を採用し、当事者の協力者として、できるかぎり、両当事者の合意による解決、あるいは納得できる合理的な解決を追求する紛争解決手続であると考えられる。

4 家裁調査官の設置

1) 制度の発足

家裁調査官制度の前身は、旧少年審判所に設けられた少年保護司である。少年保護司の職務の主なもの、事件の調査および少年の観察とされた。この少年保護司の制度を踏襲して、家事審判所と少年審判所を統合した家庭裁判所においても、少年保護司から改名された少年調査官という職が設けられた。少年調査官は、裁判官の命令にしたがって、なるべく医学・心理学・教育学・社会学そのほかの専門的知識を活用して調査に努めなければならない(旧少年法9条)。旧少年審判所において、すでにあった少年保護司から培われた伝統がある少年調査官と異なって、家事調査官は、家庭裁判所が設置されてから2年後、1951年に発足したが、その職

↘しか行うことができないと判断する場合には、調停裁判官はどうすればよいか。調停不調とするか、あるいは、調停を中止し、主動的に当事者の心理調整を関与し、関係する心理機構に付するかについてはまだ検討されていない。

79) 梶村・前注27)・431頁。

80) 河野・前注53)・162頁。

務の内容は明確ではなかった⁸¹⁾。1956年に、その職務について新たに規定が設けられた。すなわち、家事審判および家事調停の事件について事実の調査をするに当たっては、必要に応じ、事件の関係人の性格・経歴・生活状況・財産状態および家庭そのほかの環境などについて、医学・心理学・社会学・経済学そのほかの専門的知識を活用して行うように努めなければならないとされた（旧家事審判規則第7条の3）。この条文を見ると、家裁調査官の職務の内容が一定程度明確にされたが、旧少年法と旧少年審判規則における少年調査官の職務についての規定とほぼ同じであって、少年調査官制度を参考にしたものと考えられる。

家事調査官が少年調査官制度を参考にする理由は、家事事件と少年事件の処理方針の類似性があるからである。社会化された法の立場のもとにおいて、個々の具体的な人間関係の個性に応じて個別化された司法が重視されていた。刑事司法の領域でまず反映されたのは、少年犯罪者を成年犯罪者から区別し、少年の犯したものは犯罪ではなく、非行であり、この非行を犯した少年に対して与えられる処遇は刑罰ではなく、保護処分であるという刑事司法理念の改革であった。非行少年、放任された少年など事件の根底には常に家庭の問題があり、この家庭の中核である少年の親、夫婦間の問題がある⁸²⁾。ゆえに、非行少年を保護するため、事件を処理するとき、全面的に、医学・精神医学・心理学などの専門知識を利用して科学的な調査をすることが重要である。事前の調査だけではなく、審理後に関係専門家の持続的関与も必要である。これらの要求に応じて、少年調査官（保護司）が設けられた。

一方、家事事件、特に離婚事件については、離婚理由に深く関連する心理的・経済的要素があり、科学的な調査も必要である。社会的な調査を行い、問題発生の原因を明らかにし、この原因を除去するために適切な処置を実施することは、当事者の心理的な葛藤を解消し、対立を沈静化して、

81) 内藤・前注3)・79頁。

82) 平賀・前注19)・142～4頁。

離婚という破局を防止することであり、あたかも非行少年に対して保護観察に付して、刑の宣告を回避する機能と一致する⁸³⁾といわれている。

したがって、このような共通な目的を有する制度として、1954年、少年調査官と家事調査官の名称を統一して、世界でも特有な制度といえる家裁調査官制度が誕生した。

2) 役割の変化

調停前置主義の採用および別席調停のところすでに論じたように、家事事件手続については、司法的機能と人間関係調整機能がある⁸⁴⁾。例をあげれば、離婚について夫の有責性などの事実を確定し、妻の財産分与額を定めるような法的紛争に対する法的判断の側面と、当事者の人間関係の葛藤を調整し、あるいは老人または幼児に対する扶養が必要と認めるとき社会福祉機関に連絡する人間関係調整と社会福祉的側面である⁸⁵⁾。法的判断でも人間関係調整でも、具体的な人間関係にふさわしい事件の個別的処理という目的によって、具体的な人間関係に対する科学的な事実調査が重要かつ必要である。科学的な事実調査は、「必要に応じ、事件の関係人の性格、経歴、生活状況、財産状態及び家庭その他の環境等について、医学、心理学、社会学、経済学その他の専門的知識を活用して行うように努めなければならない」(旧家事審判規則7条の3)。さらに、家事事件手続における裁判官あるいは調停委員が、単に自分の経験的な知識や観念によって心証を形成し、判断を下すことは、当事者の権利保障を害するおそれがあり、科学的な事実調査に基づいて行われることによって、実質的に妥当であることの保障が与えられる⁸⁶⁾。特に、家裁調査官制度を導入し

83) 平賀・前注19)・167頁。

84) 鳥津一郎「家事調停の問題点」ジュリスト489号(1971年10月)49頁以下、磯野富士子「家事事件の法的側面と人間関係調整の側面——イギリスの『峻別の原理』と日本の『融合の原理』」法律時報30巻3号(1958年3月)13頁以下参照。

85) 野田・前注17)・219頁。

86) 平賀・前注19)・159～61頁。

た50年代には、伝統的な家族観を持った調停委員は少なくなかった。ゆえに、川島武宜教授が述べたように、「法に強制されない近代の人間関係を扱うには社会関係に対する人間の technology が必要である」⁸⁷⁾。したがって、家事事件の処理においては、過去から現在に至る一連の経過として事案の実情を把握したうえ、事案の背後にあって顕在化していない紛争や葛藤の真因を探る⁸⁸⁾調査官の調査が期待された。

しかし、家裁調査官が設けられた当時、裁判官がどのような基準によって、調査命令を出すか、家裁調査官がどのような基準で関与するかについて一定の基準がなかった⁸⁹⁾。その上、家裁調査官の使われ方は、別表第1の審判事件（旧甲類事件）に偏っていた⁹⁰⁾。調査命令を出し、人間関係諸科学の専門的な知識や経験をもつ家裁調査官の意見を参考することは、判断の適正を期するうえで有益である⁹¹⁾ので、家裁調査官は、手続選別の補助的機能として、実質的に事件選別の参加者になってきた⁹²⁾。同時に、調査官の関与基準も次第に明確化になった。当事者の出頭確保に問題があると見られる場合や、医学、心理学など専門科学的見地からの調査診断が必要な場合は、その一例である⁹³⁾。さらに、家裁調査官は、司法的機能を実現する前提である調査機能と人間関係調整機能のほか、1956年の家事審判法の改正における履行確保制度の新設によって、義務の履行状況の調査と履行勧告という職務権限が付加された。この職務は、出頭勧告のような調整機能と異なって、調査あるいは後の段階の調停手続のためのものではなく、本来活用すべき執行の代わりに行われる。その理由は、家事債務の債権者が多くは女性であること、分割払や定期給付の債務が多

87) 川島武宜「新民法と家事調停」ケース研究27号（1954年10月）4頁。

88) 斎藤・菊池編・前注7）・58頁。

89) 野田愛子「家事係調査官における期待と現実」ケース研究99号（1967年2月）24頁。

90) 野田・前注89）・24頁。須田重昭・丸山恭一「調査官のいる風景——調査官配置後の浦和家庭裁判所越谷支部の変化——」ケース研究255号（1998年5月）167頁。

91) 斎藤・菊池編・前注7）・64頁。

92) 須田・丸山・前注90）・167頁。

93) 斎藤・菊池編・前注7）・65頁。

く、一般的に毎回の金額が少ないこと、また家事債務中の金銭債務の不履行はしばしば人間の生存を脅かすものであることなどである⁹⁴⁾。

その後、60年代から、日本の家族形態がいつそう変化し、核家族化によって、親権者の指定・変更、子の監護に関する事項などの子の福祉を考慮する必要がある紛争が増加した⁹⁵⁾。以上のように各基準が明確化され、家裁調査官のケースワーク・カウンセリングの調整機能が重視されてきて、別表第2の事件(旧乙類事件)や調停事件についての調査の利用度も次第に高まった⁹⁶⁾。

近時は、子の意思を尊重し、子の利益を保護するために調査官が関与するケースが次第に増加している。特に、2000年に児童虐待の防止等に関する法律が施行されたこと、2004年に人事訴訟事件が家庭裁判所に移管されたこと、および2011年に家事法が制定され、民法766条に「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」が「子の監護について必要な事項」の例示として明文化され、「子の利益を最も優先して考慮しなければならない」当事者の協議規範とされた⁹⁷⁾ことによって、子の監護状況や子の意思、親権者の適格性などを適切に把握する調査官の調査機能⁹⁸⁾と、被虐待児童の児童福祉施設への入所措置の承認や、児童相談所との連携、子の意思を父母に伝えて、父母の対立を縮小し、子の視点に立って合意による解決を促すようにする調整機能⁹⁹⁾が重視され、ともにより活用されていくものと考えられている。

94) 川島武宜「家事審判法の改正について」ジュリスト103号(1956年4月)30頁。

95) 坂野剛崇「家庭裁判所調査官の調査の特質について——家事事件・少年事件における専門的機能の担い手として——」家庭裁判月報64巻3号(2012年3月)8頁。

96) 野田・前注89)・24頁。

97) 梶村・前注57)・460頁。

98) 小峰隆司・塩見準一ほか「この福祉への配慮の充実を目指す調停と調査官関与の在り方」家庭裁判月報64巻10号(2012年10月)53頁以下、杉岡美幸・山本幸一ほか「離婚調停事件における子の調査の在り方について——「子の意思」の把握・考慮の規定を踏まえて——」家庭裁判月報64巻11号(2012年11月)79頁以下参照。

99) 坂野・前注95)・10頁。

3) 現在の到達点

ここまで数十年の実務上の経験および法改正を経て、家裁調査官は、審理と調査の分離のため、裁判官の命令に従って（裁判所法61条の2第4項）、人間関係の諸科学の専門的知識を持ち、これを活用して科学的な事実調査を担当する¹⁰⁰⁾。家事審判および家事調停に関する事件に限定すれば、以下のような職務を司る。

- ① 事実の調査（家事法58条、258条、261条、家事事件手続規則44条）、
- ② 期日への立会い、意見陳述（同59条1項、59条2項、258条）、
- ③ 社会福祉機関との連絡そのほかの措置（同59条3項、258条、261条5項、289条4項）、
- ④ 子の意思の把握など（同65条、258条）、
- ⑤ 成年後見、保佐、補助、未成年後見の事務の監督（同124条3項、133条、142条、180条、同規則79条、80条、85条、86条、97条）。
- ⑥ 任意後見監督人の事務の調査（同224条）、
- ⑦ 義務の履行状況の調査および履行の勧告（同289条3項）。

以上のような家裁調査官の職務の内容をみれば、家事事件手続についての司法的機能と人間関係調整機能が強く反映されていることがわかる。すなわち、家裁調査官には、前述のように、司法的機能を実現する前提である調査とケースワーク・カウンセリングである調整の機能がある。

4) 調査官調査のあり方

調整の意味をいえば、ケースワークとカウンセリングであることには異議がない。しかし、ケースワークとは、個別の紛争を個別に処理するものである。カウンセリングとは、社会的不適応状態にある当事者に対して、面接を通して行われる心理治療的措置である。ゆえに、ケースワークはカウンセリングと共通するところがある¹⁰¹⁾が、さらに、カウンセリングは

100) 佐上・前注18)・16頁。

101) 斎藤・菊池編・前注7)・77頁。

ケースワークを実現するための一種の手段であるともいえよう。

家裁調査官の調整機能が強調されて、具体的な技法が発展していることはいうまでもない。しかし、家裁調査官の調査機能と調整機能の関係をどのように理解すればよいかはなお検討すべき課題であると考えられる。家裁調査官の調整機能がいかに重要であっても、調査機能は調査官の核心的な職責である。従来の調整機能を発揮する目的は、順調かつ効率的に調査機能を実現することである。ゆえに、調査官の調整は、事実の調査という（調停委員会が行う）「調停の準備段階」¹⁰²⁾で行われるものである。調停委員が負う人間関係調整機能と調査官が負う人間関係調整機能は、同じ調停手続における人間関係調停機能から由来しても、目的は決して一致していないことは、調査官の調整機能がより発展している現在でも異議がない。調停委員が負う人間関係調整機能は、両当事者の関係を調整し、心理的な葛藤を解消する紛争解決レベルのものである。一方、調査官が負う人間関係調整機能は、在来の有効的に科学的調査をするための調整（調査過程の治療的構成¹⁰³⁾）から、両当事者を、調停に参加できる心理状態で、調停に入らせる（機関利用のための調整¹⁰⁴⁾）ための調整に拡大した。換言すれば、調査官の調整機能は、従来の調査機能の付随的な位置づけから、対等的な関係になっている。当事者の状況、子の意思を把握して、単に調停委員会に提出するだけでなく、当事者双方にも伝えて、互いに相手方の考え方を知らせ、調停に反抗的な心理状況を落ち着ける機能もあ

102) 磯野誠一「家事調停とカウンセリング」谷口知平・川島武宜ほか編集『現代家族法大系 1 総論・家事審判・戸籍』（有斐閣 1980年）346頁。

103) 中原尚一「家事調停における調査官の調整活動について——ある調査官への手紙——」ケース研究83号（1964年6月）33頁。

104) 出頭しない当事者への調停参加の勧告も、この「機関利用のための調整」の一部である。調停に反抗する当事者に対して、調査官が、「なぜ調停に参加しませんか」ではなく、「あなたの言いたいことを聞きたい」、「向こうはどのように考えています」という方式で調停に参加させるため、当事者の心理状況を調整する。この点からみれば、調査官は、当事者と調停委員（手続）の間の潤滑剤を担当する役目もあるといえるだろう。具体的な例は、中原・前注103）・34頁参照。

る。しかし、科学的な事実調査をより有効に行い、当事者の心理状況を調整するため、調査官の調整機能を活用しても、当事者間の紛争の実質的な解決をすることはならない。調停・審判前の調整は調査のためのものに限られるが、義務の履行状況の調査と履行勧告、社会福祉施設との連絡などの調停・審判後の調整は、法的判断の要素がないので、調停委員の職務と混同する恐れがないだけではなく、実質的に当事者の紛争を解決することができるというケースワーカーの機能があるため、より活用されることが予想される。

三 家事調停の実情

家庭裁判制度の沿革、調停委員の調停方式の充実、家裁調査官の調査機能と調整機能、そして、国民の家事紛争に対する観念の変化は、すべて実務上の処理実態の変遷に現われる。ここで家事調停事件の種類、解決結果などの統計に基づいて、家事調停の運営上の傾向を分析する。

表 1：家事事件の種類別新受，既済件数

		1952年	1962年	1972年	1982年	1992年	1997年	2002年	2007年	2012年
家事 審判 事件	新受	327,432	255,306	205,551	278,135	267,327	332,009	490,519	583,426	672,690
	旧甲類	292,401	251,881	201,272	271,888	260,300	324,001	479,781	569,132	650,536
	既済	323,115	256,428	204,773	277,510	264,863	330,526	487,577	582,746	670,584
家事 調停 事件	新受	38,186	43,587	70,007	87,955	91,079	102,322	128,554	130,061	141,802
	既済	37,930	43,491	69,730	87,131	87,819	102,379	126,685	128,115	139,804

表 2：家事調停事件の既済手続別件数

	1952年	1962年	1972年	1982年	1992年	1997年	2002年	2007年	2012年
既済	37,930	43,491	69,730	87,131	87,819	102,379	126,680	128,115	139,804

成立	18,613 (49%)	19,580 (45%)	28,777 (41%)	36,839 (42%)	39,728 (45%)	47,476 (46%)	59,227 (47%)	63,260 (49%)	73,416 (53%)
不成立	3,012 (8%)	4,493 (10%)	8,152 (12%)	12,697 (15%)	13,653 (16%)	16,245 (16%)	21,866 (17%)	22,916 (18%)	26,889 (19%)
取下	12,071 (32%)	14,940 (34%)	26,722 (38%)	32,752 (38%)	30,061 (34%)	33,715 (33%)	39,432 (31%)	36,025 (28%)	33,241 (24%)
旧家審法23 条の審判	2,431	2,804	3,147	2,488	2,331	2,451	3,045	2,411	2,052
旧家審法24 条の審判	42	77	120	39	118	116	75	81	110
調停をしな いもの	1,761	1,597	2,812	1,315	912	1,276	1,850	1,594	1,557
その他				617	644	701	1,185	1,828	2,539

表 3 : 夫婦関係に関する調停事件の新受事件別件数

		子の監護 に関する 処分	うち				財産の分 与に関する 処分	親権者の 指定また は変更	婚姻中の 夫婦間の 事件(離婚) ¹⁰⁵⁾
			監護者 の指定	養育費 請求	面接交 渉	子の引 渡し			
1952年	新受	132	—	—	—	—	654	619	12,703
	成立	78	—	—	—	—	425	391	6,721
1962年	新受	91	—	—	—	—	281	2,061	17,211
	成立	57	—	—	—	—	161	1,518	7,830
1972年	新受	1,091	—	—	—	—	382	4,415	36,317
	成立	511	—	—	—	—	192	2,795	14,424
1982年	新受	5,756	—	—	—	—	786	7,930	47,819
	成立	3,158	—	—	—	—	365	5,156	18,437

105) 実務においては、60年代から、両当事者の対立の激化を避けるため、「離婚事件」、「離婚申立事件」という言葉を「婚姻中の夫婦間の事件」、「夫婦関係調整申立事件」に変更した。最後に離婚という形で紛争を解決するかどうかを問わず、両当事者に、特に離婚したくない一方当事者に、婚姻関係が救われることを暗示することができる。柔軟な表現によって、当事者の対立を静め、相談・和解の環境を培うことは、両当事者の紛争を解決するだけでなく、子の養育費などの利益を保護するにも有益であると考えられる。

日本の家事調停の独自性と課題（徐）

1992年	新受	8,215	—	—	—	—	1,083	6,959	46,582
	成立	4,755	—	—	—	—	521	4,649	19,007
1997年	新受	11,156	—	—	—	—	1,031	7,998	50,665
	成立	6,400	—	—	—	—	530	5,464	22,900
2002年	新受	19,112	478	14,718	3,345	502	1,269	10,133	61,001
	成立	10,753	143	8,987	1,476	92	603	6,826	27,066
2007年	新受	22,524	736	15,160	5,917	677	1,204	8,896	57,522
	成立	12,773	214	9,638	2,773	129	615	6,120	27,564
2012年	新受	31,421	1,577	18,651	9,945	1,064	1,558	7,669	53,427
	既済	30,479	1,481	18,629	9,173	1,037	1,516	7,790	53,010
	成立	18,028 (59%)	490 (33%)	12,146 (65%)	5,054 (55%)	255 (25%)	807 (53%)	5,065 (65%)	27,708 (52%)

表1で分かるように、家事紛争の数は増加している。家事調停事件は50年前の3.3倍、30年前の1.6倍、10年前の1.1倍と著しく増加している。家事審判事件の数も、1954年の家裁調査官制度の発足、1956年の履行勧告制度の導入、1980年の審判前の保全処分に対する執行力の付与などの家事審判法規の改正に基づく家事審判制度の改善に伴い一般的に増加傾向が著しいが、その大部分が氏の変更、成年後見関係、相続放棄、精神保健および精神障害者福祉に関する法律など、旧甲類審判事件である。調停前置となる旧乙類審判事件は、緩やかな増加であり、調停による解決の多さを示唆している。

実務的には、前述の実体法上の構造から家事審判事件旧甲類の増加はさげられず、裁判官の負担を減らすためには、調停による解決が増えることが望まれる。1974年に、調停委員の年齢、資格などの基準を規定する、いわゆる調停委員の専門家化の法改正¹⁰⁶⁾、さらに、調査官の調査および調整機能の活用などによって、調停成立率は、緩やかでも、上がっている。

106) 徐・前注1)・174頁以下参照。

家事紛争, 特に離婚紛争解決案の履行を確保するため, さらに, 子の福祉をより重視する理念によって, 離婚紛争は, 審判より, 両当事者の合意による解決がより望ましい。ゆえに, 以上の各理由にしたがって家事調停をいっそう活用させたい観点は, 実務界と学界が共通している。

さらに, 調停成立率が, 50年代から70年代まで下がって, 80年代から上がっているのは, 調停委員の観念や調停方法の変化が反映している。すなわち, 旧来の強要的なあっせん型調停・別席調停によって, 当事者の調停に対する信頼が低くなり, 当事者合意の重視, 調停委員の調停技法の改善によって, 調停は信頼されている。同時に, 不成立率の上昇と取下率の低下から, 当事者の権利意思の高揚が明らかに見られ, 調停の合意による解決という本質もよく現われている。

表3で, まず注目すべきことは, 子の監護に関する処分の件数と財産参与に関する処分の新受件数の変化である。1952年, 両方の比例はおよそ1:5だが, 1982年, 7:1に, 2012年, 20:1になった。この変化から分かるように, 離婚事件の中心は, 経済的な紛争から子の監護に移動している。この変化に伴い, 子の監護に関する処分の内訳を細分化し, 司法統計に反映させる作業も, 2000年ごろから行われている。そのうち, 非監護親に対する養育費請求事件が, 重要な地位を占めるとともに, 面接交渉(面会交流)の件数が大量に増加していることにも注意すべきである。養育費も, 面会交流も, 子の利益と深く関連し, 継続的な履行であり, 履行内容が強制執行に適しないので, 履行確保のためには, 任意履行が望ましい。表3で表示される2012年の各調停事件の成立率は, 表1の全体家事調停事件の成立率と比べて, だいたい同じレベルであるが, 養育費請求の成立率が面会交流の調停成立率よりも10%高いことに注意すべきである。こうした調停実情の変遷は, 合意解決の促進という調停理念がいっそう発展していることを示している。合意解決を促す実務上の重点は, 面会交流のような子の経済的福祉以外のところに傾斜することが予想される。

四 合意解決の促進——新しい動向——

1 経済的な子の利益の保障

日本において、最初の離婚裁判は有責離婚主義に基づいて行われていた。離婚の内容については、経済的権利である財産分与が重視された。これは統計に反映されている。ゆえに、家事調停は夫婦間の対抗を中心として行われていた。もちろん、50年代でも、離婚紛争を処理したとき、子どもの福祉への考慮を全くしなかったとはいえない。しかし、当時の子どもの福祉への考慮は、父からの経済的支援の確保および円満な夫婦関係が子どもの健全な人格形成に大きな役割を果たす¹⁰⁷⁾ことに着目して、結局、離婚を防止するという、離婚紛争の処理方針に帰結していた。このような理念は、当事者の離婚の意思・権利を抑えるだけではなく、実質的に子どもの意思も把握せず、ただ常識的な観念によって子どもの福祉を守っていた。

その後、離婚意思の尊重、女性の幸福追求の実質的保障と、親子法における子の福祉の重視は、日本だけではなく、世界の家族法の問題の中心になっている¹⁰⁸⁾。日本では、女性の職場進出と経済力の向上などの現象、「理由のない離婚」や「友愛離婚」の増加、そして、非親権者も子に愛情を注ぎ、子をよき社会人に育成するについて親権者と同等の権利と義務を持つべきだとする法思想の現れ¹⁰⁹⁾などは、このような家族法の大きな流れの体现である。実務上は、1987年に最高裁判決によって、有責配偶者からの離婚請求でも一定の条件を満たせば、信義則に反しないとして離婚を認める判例法理が確立されてから、離婚紛争を処理する中心は、離婚すべ

107) 伊藤里治「離婚の自由と子供たち」ケース研究18号（1953年1月）41頁。

108) 野田愛子「子の福祉をめぐる諸問題」ケース研究182号（1980年2月）44頁。

109) 伊藤明「子の監護に関する諸問題——離婚と子の利益」ケース研究177（1980年4月）57～8頁。

きかどうかという問題から、離婚に付随する各問題の解決に傾いている。そして、前述した女性の経済力の向上およびいっそうの核家族化によって、子の監護や面会交流などの子をめぐる問題がより重要になっている。

また、子の福祉を次第に重視している理由のもう 1 つは、非行少年の問題に深く関係する。非行などの問題行動を犯す子どもには、家庭内の不和や離婚など恵まれない状況を背負って生育してきた子どもが多い¹¹⁰⁾といわれている。ゆえに、できるだけ、子どもを夫婦間の葛藤や対立に巻き込まず、当事者の離婚の自由を前提として、子どもに健全な生育環境を提供しなければならない。対立・紛争が続いている婚姻関係は決して健全な生活環境ではない。したがって、両当事者を中心に、婚姻関係を維持するか、終わらせるかの問題の重要性は次第に弱化し、子どもの福祉への配慮がいっそう強化されるようになった。

このような背景において、佐藤隆夫教授は、「子の問題は、現代家族法としては、単に子の利益の保護という表面的問題にはとどまらないというべく、もっと本質的に子の地位の問題として、根本的視点からの問題分析が必要であろう。…有子夫婦の離婚は、子の地位を最大に尊重してなされるべきである。子からみて、離婚する夫婦でも父母関係は永遠に変わらない。…父母の別居ないし離婚では、法理的には子の生活問題が深刻な現実的問題として提起される。未成年子に対する親の生活保持義務の明文の規定が当然必要である」¹¹¹⁾と述べており、いわゆる「有子夫婦の離婚論」を提起した¹¹²⁾。佐藤教授によれば、夫婦間の関係がどのようになるのかを問わず、未成年子にとっては、父母関係は何ら変わらない。ゆえに、子の福祉は、単に夫婦間の離婚紛争が処理されるときに考慮すべき一要素だけでなく、離婚時に守られなければならない法的義務であるべきであ

110) 梅本侏子「調停離婚の現状」心理相談センター年報 2 巻 (2007 年 3 月) 18 頁。

111) 佐藤隆夫「最近における離婚の実態と問題点」法律のひろば 38 巻 2 号 (1985 年 2 月) 4~6 頁。

112) 佐藤隆夫「現代離婚法への一視点——有子夫婦の離婚論」ジュリスト 825 号 (1984 年 11 月) 69 頁以下参照。

る。しかし、注意すべきことは、80年代において、子の福祉の内容として、生活保持義務の明文化や、養育費の給付などの経済的問題に重点が置かれていた¹¹³⁾。この時期における調停合意への促進の出発点は、子の経済的利益を確保することにあった。当事者の合意は、単に当事者間の紛争を円満に解決するだけでなく、養育費の任意履行の確保などの子の福祉を保障する上でも重要である。

2 面会交流の保障

非監護親と子の面会交流については、それが権利として認められるのか、認められるとして親の権利か子の権利か、その法的性質はどのようなものかについては、自然権説、監護関連権説、子の権利である説、親と子の共有権である説、権利ではない消極説など様々な説があり¹¹⁴⁾、定着していない¹¹⁵⁾。しかし、東京家審昭和39・12・14（家裁月報17・4・55）で初めて「面接交渉権」が認められてから、最2小決昭和59・7・6（家裁月報37・5・35）と最1小決平成12・5・1（民集54・5・1607）は、子の福祉に反しないかぎり、親権者とされなかった親、あるいは別居状態にある、子どもと同居していない親の、子との面会交流を認めた。これまでの実務上の経験を踏まえて、2011年、民法766が改正され、面会交流について明文化した。同条では、子の利益を最も優先して考慮しなければならないとされる¹¹⁶⁾。さらに、同年に成立した家事法は、子の福祉をより保障するため、子の主体性・意思への配慮、および、その環境整備のための手段双方から充実化を図った¹¹⁷⁾。前者については、家事審判をする場合

113) 伊藤・前注109)・57頁。佐藤・前注111)・4頁。

114) 棚村政行「子の監護調停の実務指針——面接交渉を中心として——」早稲田法学72巻4号（1997年3月）322頁。

115) 細矢郁・進藤千絵ほか「面会交流が争点となる調停事件の実情及び審理の在り方——民法766条の改正を踏まえて——」家庭裁判月報64巻7号（2012年7月）4頁。

116) 杉岡・山本ほか・前注98)・80頁。

117) 小池泰「家事審判・家事調停の改革についての評価と課題——実体法の視点から」法律時報83巻11号（2011年10月）29頁。

において15歳以上の子の陳述を聴取しなければならない範囲が拡大される¹¹⁸⁾とともに、未成年者である子の意思を把握するため、家裁調査官の調査が重視される¹¹⁹⁾。後者については、意思能力がある子の手続行為能力、利害関係参加、裁判長による手続代理人の選任などの規定が設けられた¹²⁰⁾。

民法766条の改正および家事法の制定によって、子の福祉への配慮は、よりいっそう重要になったと評価することができる。特に、子の福祉の内容は、養育費の給付という経済利益の保護はもちろん依然として重要であるが、子の健全な生育環境の維持、あるいは子の両親からの愛の期待の意義がある面会交流も重要である。ゆえに、現在の段階では、子の福祉である面会交流を実現するため、子の意思を把握して、父母に働きかけ、当事者の合意による解決を促進する技法の充実が当面の急務であろう。

子は、同居していない親との面会交流が円滑に実施されていることにより、どちらの親からも愛されているという安心感を得ることができ、子の健全な成長にとって重要な意義があるため、子の福祉を害しないかぎり、面会交流を実施していくのが相当であるという子の視点からの面会交流原則肯定論は、最近の家裁実務¹²¹⁾によって定着している¹²²⁾。離婚は、子ど

118) 陳述の聴取の場合は、子の監護に関する処分（家事法152条2項）、未成年養育縁組の許可（同161条3項1号）、親権喪失・停止など、および親権者の指定・変更（同169条）などに増えている。

119) 家事法第65条は、「家庭裁判所は、親子、親権又は未成年後見に関する家事審判その他未成年者である子（未成年被後見人を含む。以下この条において同じ。）がその結果により影響を受ける家事審判の手続においては、子の陳述の聴取、家庭裁判所調査官による調査その他の適切な方法により、子の意思を把握するように努め、審判をするに当たり、子の年齢及び発達の程度に応じて、その意思を考慮しなければならない。」という旨の規定である。家事調停手続はこれを準用する（同258条1項）。

120) 杉岡・山本ほか・前注98)・80頁、二宮・前注46)・233頁。

121) 大阪高決平成21・1・16（家月61・11・70）、大阪高決平成22・7・23（家月63・3・81）、東京高決平成25・7・3（判タ1393・233）などである。

122) 二宮周平「別居・離婚後の親子の交流を支援する仕組みの追求——韓国・カナダ調査を参考に(1)」戸籍時報708号（2014年2月）4頁。

もに短期的・長期的に重大な影響を及ぼす事態であって、子どもの幸せに関わるべきこととして、両親が子どもの今後を考えていく必要がある。そして、非監護親との交流を継続することは、子どもが精神的な健康を保ち、心理的・社会的な適応を改善するために重要である。さらに、面会交流の実現に当たっては、子どもが両親の紛争の影響を受けないように、両親が配慮する必要がある¹²³⁾。両親の実質的な合意が形成されないと、面会交流の円満な実施が困難であり、仮に実施したとしても、継続性を欠いたり、両親の間で板挟み状態にある子に不要なストレスを与えるなど、子の福祉の観点からは却って有害なものとなりうるおそれが大であるので、子の福祉を本質的に保障する任意履行を実現するため、父母間で実質的な合意が形成されることが求められる¹²⁴⁾。

調停委員が調停を行うとき、調停方法を調整し、前に述べた同席調停を活用し、当事者の意見を傾聴し、よく理解し、詳細かつ周到な面会交流の実施要領を両当事者と検討することに対して、調査官の調査機能と調整機能の活用も重要であると思われる。すなわち、子の福祉を保障するため、もっとも重要なことは、子の意思の把握であろう。換言すれば、子の期待に応えなければ、従来のように、父母の主張ばかり、あるいは監護親だけの意見を聞き¹²⁵⁾、あるいは調停委員が自ら自分の経験によって「子の福祉」の内容を判断することは、必ずしも適切とはいえない。特に、子が非監護親を拒否する現象（Parental Alienation）は、監護親の非監護親に対する否定的な評価からの影響や、子が監護親の心情に配慮するなどの要素があり、非常に複雑である¹²⁶⁾。子の意思をはっきり把握せず、父母に明

123) 細矢・進藤ほか・前注115)・53頁。

124) 二宮・前注122)・5頁。

125) 木村耕一郎・柏原啓志ほか「離婚調停事件における子の調査の在り方の検討に向けて——子の福祉に資する子の調査を目指して——」家庭裁判月報63巻12号（2011年12月）109頁。

126) 小澤真嗣「家庭裁判所調査官による「子の福祉」に関する調査——司法心理学の視点から——」家庭裁判月報61巻11号（2009年11月）41～2頁。

白に伝えることができないと、父母の合意が形成できず、実質的な子の福祉も保障できない。

家事法制定の前後に公表された一連の家裁調査官の研究は、子の意思の把握と父母の合意の促進に関するものが多く、大量な成果を挙げている¹²⁷⁾。両親の暴力の程度に対応した適切な子の監護の方式、子が非監護親を拒絶する現象の原因と対応¹²⁸⁾、子の年齢によって、子の意思の内容、子の状況、子の心情、子の意向など別々に重点化して対応すること¹²⁹⁾、調停委員会と連携して、早期に裁判官・調停委員・調査官による評議を行うこと¹³⁰⁾など様々な方策や工夫に則した調査が実施され、有益な結果を得ている。

こうした一連の調査官の活動は、単に調停のための科学的な調査だけではなく、子の意思を把握して、葛藤の高い父母に伝え、「詳細かつ周到的な面会交流の実施要領」を具体的に策定する過程で、子の現状についての認識を共有化し理解を深めることによって、また相互の不信感や母側の恐怖心を軽減することによって、両当事者の対立をしずめ、面会交流の合意形成を促すことに貢献することできる¹³¹⁾。子の福祉に適合する解決は、どちらがよい親かを定めることではなく、双方の親と子との関係を形成し発展させ、よりよい養育を実現することにある¹³²⁾という理念は、調査官に共通する。今後、調査官の調整機能と調査機能のバランス、調査官と調停委員の連携のあり方が課題になるものと思われる。

127) 調査官特別研究庁費による調査官の子の調査に関する研究報告は、2011年から家庭裁判月報によく見られる。

128) 小澤・前注126)・1頁以下参照。

129) 杉岡・山本ほか・前注98)・79頁以下参照。

130) 小峰・塩見ほか・前注98)・53頁以下参照。

131) 二宮・前注122)・6頁。

132) 小澤・前注126)・54頁。

五 家事調停制度の課題

以上、家事調停における独自の制度を紹介し、調停理念の変化を検討したが、これらの検討を踏まえて、民事調停制度と比較して、いくつかの重要と考えられる課題に対して、私見を述べたい。

1 全件調停前置主義への反省

家事調停前置主義の採用は、家事事件の非合理性や家庭の平和と健全な親族共同生活の強調に由来した。民事調停においても、地代借賃増減請求事件については調停前置である。しかし、両方の調停前置主義を形成したルートは異なる。地代借賃増減請求事件についての調停前置主義は、長期間の付調停の経験が累積され、特に、東京・大阪地裁の仮調停前置主義の試行結果に挙げられた、70%以上の調停が成立した成果に基づいて、厳密に制定された。しかし、家事事件の全件調停前置主義は、こうした実務上の経験がなかった。立法者が主観的に調停によって家庭の平和と健全な親族共同生活の維持を図ることができると決め込み、客観的な理由が少なかった。付調停実務による選別がないからこそ、全件調停前置を採用し、調停に適さない事件まで調停で対応させたことから、現実に当事者の抵抗を引き起こした。本来訴訟で紛争を解決したい当事者が、経なければならぬ調停段階を速やかに終わらせるため、調停不調を目標として、調停に参加する可能性は一定程度ある。少なくとも、調停への熱意があまり高くない。ゆえに、このような当事者に対して調停で紛争を解決させるために、調停委員が別席調停や強行的な意味があるあっせん型調停を行うのはやむを得ないといえよう。

したがって、どのような家事事件が調停前置に適するか、どのような家事事件が適さないかを再検討すべきであると思われる¹³³⁾。例えば、家庭

133) 筆者からみれば、もっとも理想的な選択は、全件調停前置主義を廃止することであ

内の暴力 (DV)、虐待などの要素がある離婚紛争については、調停に適せず、訴訟によって解決すべきであろう。離婚にともなう財産分与や慰謝料などの解決は、加害者の任意履行を期待しなくてもよい。むしろ、家庭裁判所が積極的に強制執行をし、被害者の利益保護に努力しなければならない。これも家庭裁判所の福祉的な機能のあるべき体現といえよう。

これに対して、離婚自体に対して異議がなく、単に財産分与、養育費などに争いがある事件については、その人格的な要素、言い換えれば、非合理性の部分が少なく、民事紛争と類似し、付調停の方式で処理されてもよく、調停前置主義が保持されてもよい。そのほか、子の監護、親権者の指定、面会交流などの案件については、子の福祉と深く関係し、父母の合意解決を通じて、子の利益を保護すること、離婚による心身および経済的な影響を避けること、さらに、当事者の任意履行も確保できることなどから、このような事件について調停前置主義が維持されるのは一定の合理性がある¹³⁴⁾。家庭内の暴力と子ども、2つの要素ともにある事件には、訴訟を基本として、異なる争いを別々に訴訟や調停で処理することもできる。すなわち、訴訟裁判官が、訴訟で離婚するかどうかおよび、財産分与、慰謝料などの問題を処理し、子どもに関する問題の合意解決を促すため、調停に付する。この場合には、付調停制度が本質的に利用されるだけでなく、中間判決の活用も期待される¹³⁵⁾。もちろん、以上の分類は絶対的なものではなく、裁判官が、当事者の意見を聞き、事件の各要素を総合的に判断して、訴訟すべき離婚を調停に付し、あるいは、調停すべき親

ゝる。当事者の裁判を受ける権利の保護という角度から、地代借賃増減請求事件のような実務経験がない場合に、事前に当事者の手続選択権を奪うのは、憲法違反である。しかし、調停前置主義を廃止し、付調停によって、改めて調停前置のために経験を積み重ねるのは、裁判官に膨大な負担をもたらすことが明らかである。ゆえに、本来合意解決が望ましく、かつ可能な事件について調停前置主義にゆだねることは折衷的な解決策であると考えられる。

134) ここ生じる裁判を受ける権利との矛盾は、第三者(子)の利益の保護という視点から、一定程度柔軟化することができる。

135) つまり、仮に、子どもの問題についての合意がなかなか達成し難い場合には、まず経済面の争いを中間判決で確認して、被害者側の救済や利益保護を優先的に実現する。

権者の指定などの事件を訴訟で処理するという手続裁量権を有すべきであると考えられる。

2 裁判官，調停委員，調査官の責任分担と連携

日本においては、民事調停も家事調停も、法改正によって調停委員の質がいつそうよくなってきた。さらに、長期間の系統的な調停委員の訓練によって、調停委員の技法および技法についての議論は非常に高いレベルに至った。調停が行き詰まったり、困難になったりするとき、休憩をとって、当事者の心理を冷静させる。あるいは、しばらく別の課題を扱う。あるいは、当事者に本音を吐かせるため、どのような問いかけをするかなど、様々な方法が挙げられている¹³⁶⁾。同席調停における双方当事者の座り方さえも注意されるところである¹³⁷⁾。戦前や50年代における当事者の権利を無視して「まあまあ調停」を行っていた頃調停委員に対する批判によって、現在の調停委員を評価するのは客観かつ公正ではない。ゆえに、単に速やかに双方当事者の紛争を解決するため、調停委員が無原則に自動的に別席調停を行う比率がどれほど高いのかは疑問がある。すなわち、一般的に言えば、調停委員は、当事者の様子、事案の複雑さおよび調停プロセスの円滑な進行などに基づいて、別席調停を行うかどうかを決定すべきである。

しかし、現時点で、学界および裁判官が、家事調停委員に対して、特に当事者合意を過度に重視することについて、筆者は、裁判官が負うべき責任を避け、自分の職責を履行しないと感じざるをえない面がある。特に、同席調停を利用するかどうかについては、裁判官は煩わしさをさけるために、調停委員に、「まず当事者の意見を聞きなさい」、「当事者の秘密を守りなさい」などと話す。しかし、調停手続の進行に対するコントロール

136) 稲葉一人「調停を広げる——難しい局面に対応して、別席調停・共同（複数）調停を有効に」使う——」JCA ジャーナル53巻9号（2006年9月）28～9頁。

137) 井垣・前注55)・72～3頁。

は、本来裁判官がやるべきことである¹³⁸⁾。調停裁判官の全段階での立会
は必要ではないという観点は、筆者は前にも表触れた¹³⁹⁾が、調停裁判官
が立ち会うことには確かにメリットがある。1つは、調停が司法的な紛争
解決手続であることを強調することができる。2つは、裁判官が法律の角
度から調停プロセスおよび双方当事者の合意について法的な規制を行うこ
とができる。この調停裁判官の立会のメリットを認識したからこそ、2003
年の民事調停法・家事調停法の法改正によって、非常勤裁判官制度を導入
した。

調停手続が家事法によって展開するという側面の法的規制は問題がな
い。つまり、柔軟な調停を行うと同時に、当事者の手続上の権利を保護す
べきである。一方、双方当事者の合意に対する法的な規制の限度について
は、論じるべきである。法律の強制的な規範に違反しない限り、自由意思
による契約上の合意はもちろん制限が必要ではない。しかし、裁判所で行
われる調停における合意については、第三者の利益を侵害し、あるいは明
らかに不公平である場合には、法的な規制をすべきであると考えられる。
例えば、子に養育費を請求する権利があるとしても、母は子と父親の関係
を断ち切りたいと考えており、父は養育費を支払いたくないと考えている
場合には、子との面会交流をしない、養育費は支払わないというような合
意は、子の福祉を侵害するので、法的な規制が必要である¹⁴⁰⁾と言われて
いる。そのほか、離婚調停を速やかに成立させるために、一方当事者から
提供する財産的な給与では、相手当事者と子どもの基本的な生存さえ満足
できない場合の合意、あるいは、一方当事者から提供する財産的な給与
は、著しくこの者が負担しうる限度を超える場合の合意は、履行の段階で
履行不能やほかの紛争が起る可能性があるだけでなく、この合意自体

138) 家事法第248条1項の「調停委員会は、裁判官一人及び家事調停委員二人以上で組織す
る。」という条文の建前はそうであろう。

139) 徐・前注1)・206頁。

140) 大塚・前注66)・649頁。

が不合理的なものである。

もちろん、実務では、裁判官が調停合意達成のときに、調停合意を確認することを行うことによって、最後の規制があるが、合意の形成は、時間がかかり、心理的な変化が次第に生じるプロセスである。僅かに最後の段階で合意を評価して、否定的な判断をすれば、これまでの時間が無駄になり、双方当事者が納得できない可能性が高い。のみならず、このような最後の規制は、調停活動そのもの自体に対してマイナスな影響がある。調停委員の活動を否定するばかりが、調停という紛争解決手続への信頼度も失わせる。したがって、裁判官の法的な規制は、すべての家事調停プロセスに一貫すべきであり、特に合意形成の途中で助言などの形で段階的な規制をすべきである。これによって、毎回の規制が適切になり、より柔軟かつ有効で、当事者に受け入れやすいものとなる。もちろん、このような法的規制は調停委員によって行うこともできるが、調停委員の法律知識が不十分である場合もあり、十分に対応するために、調停委員にさらに厳しい要求を課すおそれがある。要するに、調停の司法的機能からの法的規制は、裁判官が担うべきである。

こうした調停の司法的機能からの法的規制のほか、調停の人間関係調整機能についても、裁判官が責任を負わなければならないところがある。調停委員も、調査官も、カウンセリングの機能を有することは、改めてその必要性を論じる必要もない。しかし、各職のカウンセリング機能の限度は必ずしも一様ではない。調停委員は、ほぼ専門的な心理治療の素人であるので、情緒不安定な人間関係不適應の度がそれほど強くない事件には対応できるが、強い場合には、対応できるかどうかは別として、対応する必要もないだろう。当事者の心理状況を対話できる状態に回復させることは、すでに紛争解決の範疇におけるものではない。調停委員は当事者の紛争を解決する主導者であり、カウンセラーではない。

仮に、調停委員がこうしたカウンセリングをしても、手続上の不公平が起ころおそれもある。柔軟な調停手続でも、当事者の手続上の権利を保障

すべきである。この点が家事法にも表れている。すなわち、できるかぎり、両当事者に対等な質問、発言の時間を与えるべきである。しかし、調停委員から、一方当事者に相当長い時間の心理調整のカウンセリングが行われることは、相手当事者にとって、手続上の権利の侵害と捉えられるおそれがある。さらに、調停主導者である調停委員が、完全に中立公正にカウンセリングを行うことは難しい。調停委員が、カウンセリングによる一方当事者に対する同情などの感情に影響されず、公正に当事者間の事実認定・心証形成をすることは限らない。ゆえに、このような一定程度の心理治療の意味があるカウンセリングは、調停の参加者である調停委員ではなく、案件に影響されず、案件に影響もしない専門的なカウンセラーから行うべきであると考える。

調停委員のカウンセリング機能に限度あるという観点は、小山昇教授がすでに70年代に指摘していた¹⁴¹⁾が、現在は、より強化すべきという主張が見られる¹⁴²⁾。調停委員に要求しすぎるかどうかは別として、調停技法をより強化することの出発点は、紛争をより円満に解決することにあることは疑う余地がない。しかし、この調停委員を中心としての議論の趨勢によって、裁判官が家事調停の主導者であるという調停のあるべき本質が次第に忘れられ、おろそかにされてしまったのではないだろうか。学者も、裁判官も、裁判官の責任を強調しても、調停委員が調停主導者である前提で議論していた¹⁴³⁾。「法的な判断について問題があれば、遠慮せず、私に

141) 小山・前注62)・8～10頁。

142) 稲葉・前注136)・26頁以下、大塚・前注66)・433頁以下、梶村・前注57)・459頁以下参照。

143) 例として、石田敏明裁判官は、「家裁調査官との連携」、「裁判官との連携」という調停委員を第一人称とする形で家事調停の運営を議論した(石田敏明「家事調停の運営について」家庭裁判月報63巻4号(2011年4月)1頁以下参照)。棚村政行教授の「調停委員は、…調停事件を自分たちだけで抱え込まずに、法的な判断については適宜裁判官に相談し、人間関係の調整や対立の激しいケースでは、調査官の関与を仰ぐなど、調停委員会のチームとしての連携プレーに努めることが重要である」という論説から、棚村教授にとって、調停委員が調停委員会の中心であることは明らかである(棚村政行「これからの家族、

聞いてください。人間関係の調整について問題があれば、調査官と相談して、関与が必要であれば、私に言ってください。」という裁判官からの「優しい関心」である裁判官との連携は、実質的には本末転倒であろう。確かに、裁判官が、「当日の調停事件以外の仕事も抱えているので、調停にばかり時間を割けないということもある」。裁判官の常時立会も必要ではない。しかし、家事調停の場合には、当事者の心理調整というカウンセリングは調停の過程で一貫する活動であり、調停過程における調査官の調整、専門福祉機関との連絡、専門的な心理機関との連携などの活動を最後に決めるのは裁判官であるべきである。家事法はそう定めている¹⁴⁴⁾。裁判官は単に署名捺印係ではない。調停委員会が早期かつ定期的に評議するという連携をより有効に行う前提は、裁判官が家事調停の主導者であるという考え方の復活にある¹⁴⁵⁾。

おわりに

日本における家事調停制度は、全件調停前置主義の採用、家裁調査官の関与などの独自性がある。家事調停の理念は、従来の別席・あっせん型調停を基本とする調停委員による紛争解決という司法的機能の重視から、次第に人間関係調整機能に傾斜し、合意による解決がいつそう促進されている。合意による解決を促す理由も、当事者間の紛争の自主的な解決から、

↘「これからの調停」ケース研究291号（2007年5月）21頁）。

144) 家事法56～62条、248、261条などである。

145) 家事法の制定によって、各家庭裁判所は、家事法の趣旨を踏まえた運用を実施している。例えば、東京家裁では、家事調停に関して、新しい書式、各当事者からの書類提出のあり方、閲覧謄写、非開示希望への対応、双方立会手続説明などの項目を中心に行っている。特に双方立会手続説明については、裁判官の主導性がいつそう重視されることと期待するが、現時点では、実務上、おおよそ調停委員から説明をすることになっている。裁判官の対応の変化についてはなお強調すべきであると思われる（小田正二「東京家裁における家事事件手続法の運用について——東京三弁護士会との意見交換の概要と成果を中心に——」判例タイムズ1396号（2014年3月）25頁以下参照）。

子の福祉に関する解決の任意履行の確保に変わっている。特に、民法766条の改正によって、子の面会交流が離婚の前提になることによって、この合意の意味が少し変わると思われる。つまり、従来の合意解決説によれば、調停の本質が合意であり、できるかぎり、裁判官の介入は最小限で行われるべきである。しかし、現在の子の福祉のための合意には、強制的な意味がある。換言すれば、離婚のため、面会交流などの子の福祉に関する争いについて合意しなければならないことは、法律、そして裁判官の強制的な要求である。柔軟に表現すれば、裁判官のチェックが必要である合意といえよう。ゆえに、仮に、当事者間で子の福祉に関する合意が達成できない場合、あるいは、子の福祉を害するような合意が形成された場合には、裁判官の法的規制はいうまでもなく必要である。こうした場合の裁判官による合意のチェック・提案と、批判されてきた調停委員のあっせん案は、どのような関係にあるのか。こうしたチェック・提案はあっせん案から改良されたものとみなすことができるのか。このような課題は、調停の本質論にも深く関係する。また、裁判外の機関との連携、調停の既判力など残される重要な課題は、別稿で改めて論じていきたい。