
序説 第(三)巻 家事調停における 基本的問題と事件数の推移

1 30年前の調停合意説の提唱

思い起こせば、筆者が家事調停の理論的側面を体系的に論じたものとしては、今から30年余も前の昭和61(1986)年に、テイハン発行の『家族法と戸籍—その現在及び将来』に寄稿した「家事調停の現代的課題」が初めてでした。これが文献⑧の『家族法学と家庭裁判所』419頁以下に転載されていますが、その423頁以下において、家事調停における基本的問題の一つとして、「調停合意説と調停裁判説」を取り上げ以下のように論じています。少し長くなりますが、肝心なところだけを抜粋しましょう。

「家事調停は通常、申立事項等に関する双方の意向とか紛争の実情の聴取に始まり、それによって調停機関が事案の解明に努め調停案を作成し当事者に提示して説得し、当事者が納得すれば合意ができて調停が成立するというプロセスを経ることになる。そこで、調停における紛争解決の実質(本質)を当事者の自由な意思決定(合意)に求めるか、それとも調停機関の判断(裁判)に求めるかによって、調停合意説と調停裁判説に分かれることになる。調停合意説は、前述した当事者の意思決定の自由性(任意性)に重点を置くのに対し、調停裁判説は、前述した調停機関の判断性を重くみる考え方だといってよい。

筆者は、基本的には、戦後40年を経た今日において、将来のあるべき調停像を展望して考えてみた場合、調停合意説の考え方に立って調停を運営していくのが望ましいあり方だ、と思っている。すなわち、家事調停は、調停機関が当事者が主体的に紛争を解決していくことができるようにするための後見的援助活動であって、当事者の自己

決定的な解決を裏切るものにするために調停機関が援助の役割を尽くすことが、調停活動の最も重要な内容となると考えるのである。換言すれば、調停手続は、調停機関が当事者間を仲介斡旋して利害の調整に努めて、当事者間に相当な合意が成立するように援助する過程であって、調停における紛争解決の主役は当事者にあり、当事者による自由で主体的な決断すなわち合意にこそ、調停の本質があると解するのである。調停においては、できるだけ当事者の主体的紛争解決努力を尊重すべきであり、当事者の意向いかんにかかわらず、裁判所が強権的に事実を認定して法規範だけにのっとり公権的に判断を強制する裁判とは、その本質を異にする。調停は、調整モードのなかで当事者の納得を得て合意を成立させることであって、裁判でないことはもちろん、裁判類似の行為でもない。調停とは、当事者の自己決定、自己実現を援助する作業だと考えるわけである。』。

「……………パターンリズムの伝統の強い我が国では、調停裁判説の考え方を推し進めていくと、本来当事者の私的領域のはずの部分まで不当に介入する結果を招いてしまったり、調停が成立しても当事者に強制されたという不満を残すような調停運営の方法になる危険性がある。やはり、当事者をその意向いかんにかかわらず強制するためには、正規な手続による正規な法規範にのっとりた人事訴訟、民事訴訟ないし家事審判によるべきであって、実質的な当事者権の保障に欠ける調停手続において、裁判ないし裁判類似の行為をするのは妥当でない、と筆者は考えざるを得ない。』。

そして、同論文では、人間関係調整機能と司法的機能の調和を説き、調停とカウンセリング（峻別論と融合論）を考え、調停前置主義の妥当領域を論じ、家事調停における任意性の確保の問題として、当事者主導方式と第三者主導方式、対席面接方式（同席調停）と個別面接方式（別席調停）、連続（公開）方式と非連続（非公開）方式—調停と審判・訴訟との関係、

調停マニュアル作成の必要性などを指摘し、家事調停における判断性の確保の点からは、調停機関の評議の必要性、調停に代わる審判の活用、合意に相当する審判の運用、調停規範の確立などを説き、最後に「臨床調停学の提唱」（後述）となりました。

そして、実はそれには前史があり、筆者が、基本的に調停合意説に立つことを明らかにしたのは、民事調停の分野です。東京家裁でまだ未特例時代の2年間家事調停を担当した直後の昭和51（1976）年4月から1年間当時の東京地裁民事22部（調停・借地非訟専門部）に在籍し（ですから3年間調停に明け暮れ）、そのころから実務的に理論的に民事調停と家事調停を研究し始めましたが、その際のテーマとして調停本質論（調停合意説）と調停に代わる決定を選びました。その成果が梶村＝深沢共著『和解・調停の実務』（新日本法規出版、初版昭和54年・新版平成13年）であり、新版の136頁から145頁にわたって初版時代と同様に調停合意説と調停裁判説及び両説の止揚・調和について論じています。

またその頃、小島武司教授らとともに、民事調停のための総合的研究に参加し、その成果が東京布井出版発行の『民事調停の研究』（1991年）です。

2 臨床調停学の提唱

1986年の前記テイハン刊の論文集において、筆者が提唱した前記「臨床調停学」の項では、臨床調停学の課題として、以下の15点を提唱しました。家事調停は、人間としての個人の権利や利益を保護し、当事者たる個々人の人間性を尊重しつつ、家事調停を運営していくことがその目標とするようになりますが、それが可能となるためには、①個人（当事者）と国家（調停機関）の役割はどのように分担されるべきか、②国家機関としての調停機関がどこまで個人の領域に踏み込んでいけるか、③パターンリズムの限界をどこに求めるべきか、④権利信仰あるいは和の信仰

はどこまでが有効でどこからが行き過ぎとなるか、⑤法と道德の関係はどう考えるべきか、⑥裁判規範と行為規範（生活規範）との関係はどうか、⑦広く深く市民の間に根を下ろしている「生ける法」「法外の法」あるいは一般市民の共通感覚（コモンセンス・常識）をどう認識するか、⑧適切な調停運営のための技法をどう習得するか、⑨人間関係諸科学の知見はどの程度でどういう形で家事調停に活かしていくことができるか、⑩人間の行為についてどこまでが規範の問題で、どこまでが事実の領域なのか、すなわちどこまでが法律学の領域で、どこまでが人間関係諸科学の領域なのか、⑪どうすれば各人の紛争解決能力を育み強化することができるか、⑫紛争解決手続における当事者の自由と裁判所の強制の各妥当領域をどう考えるべきか、⑬紛争解決にとって個人、家族、親族、コミュニティ、国家、国際社会等のそれぞれの果たすべき役割は何であるか、⑭日本人の国民性の普遍性と特殊性をどう考えるべきか、⑮諸外国との協調を目指す紛争解決制度はどうあるべきか、などの諸課題についての根本的な検討が不可欠であると説きました。

この臨床調停学の必要性は今日でも決して低下しておらず、否、と言うよりも逆に今こそその必要性が一段と高まっているというべきだと思います。特に、未成年者に対する親権・監護権紛争においてそれが著しい。離婚そのものは大人の親同士の問題ですから、個人の領域の問題として国家はあまり干渉しない方がよさそうですが、未成年の子どもがいるとなるとそうはいきません。国家の未来を担う未成年の子を如何に育てるか。原則的にはまず両親の判断に委ねられるべきですが、両親やその他の関係者からの身体的、精神的、性的など様々な形で存在する児童虐待に対しては、国家はこれらの加害行為から子どもを防護する責務があります。それは直接的には児童相談所や警察関係の問題ですが、調停や審判あるいは訴訟といった司法手続においても、近時の最大の課題となっております。

3 その後 30 年（戦後 70 年）の筆者の研究の歩み

筆者は以上のような問題意識を持ち続け、その後 30 年を経過し、今日までで戦後 70 年となりました。その間、東京家裁などで数年以上にわたり家事調停を担当し、文献⑭の『離婚調停ガイドブック—当事者のニーズに応える』（日本加除出版・初版 2003 年、第 4 版 2013 年刊）において、4 頁にわたって調停合意説と調停裁判説の学説等を紹介し、特に高野耕一判事の『家事調停論』（信山社・2002 年刊、初出 1997 年）と自説とを比較した上、結論として、「調停合意説的な運用をすべきケースもあると同時に、調停裁判説的な運用をすべきケースもあるということであり、両説の止揚は少なくとも調停運用論の場面では必要であり、理論的にも両者の対立を乗り越えた考え方を推進すべきである」（初版 33 頁以下、第 4 版 41 頁）と説きました。

そして、文献⑤の『[新版] 実務講座家事事件法』（初版 2010 年、新版 2013 年）24 頁において、「本書は、基本的には調停合意説に立脚し、当事者の目線による調停運営を目指すもので、水平志向に立つ。調停裁判説は、運営者の目線による垂直志向が目立つ」と説き、さらに文献⑦の『新家事調停の技法』10 頁以下において、調停合意説と調停裁判（判断）説を紹介した上、「今日では、前者の立場に立つものとして、文献⑭の拙著『第 4 版 離婚調停ガイドブック』33 頁以下があり、後者の立場に立つものとして、高野耕一『家事調停論』175 頁以下があるが、それらの主張を子細に検討すれば分かるように、両説は最近では歩み寄りを見せている」とし、更に続けて「いずれにせよ、調停合意説では家事調停委員の役割が重視され、調停判断説では 裁判官の役割が重くなり、裁判官の調停立会いが必要あるいは少なくとも望ましいことになる。実務は、原則的には前者の調停合意説に依拠して運営されている。本書もその立場に立ち、裁判官と家事調停委員の役割分担について各所で指摘している」としました。

4 臨床調停学の具体化

前記3の「臨床調停学の提唱」の中で指摘した問題点については、その後の30年の実務経験と思索の結果、以下のように考えるに至りました。

すなわち、「①に関しては、合意の主体である個人（当事者）が中心である、②国家機関には個人の領域に踏み込めない部分があることの自覚が必要である、当事者の合意は可能な限り尊重すべきである、③オートノミーを尊重し、パターンリズムの運用は極力避けるべきである、④権利的側面と和の側面との調和を目指す必要がある。⑤家族法では法的視点だけで割り切れるケースは少なく、道徳（モラル）による実質的修正は欠かせない側面がある。⑥家事調停の対象、特に家事法別表第二事件（旧乙類事件）は協議に代わる処分であり、家族法は行為規範（生活規範）が中心となる。⑦「生ける法」「法外の法」の探求は不可欠であり、日本法にはその部分がかかなりの割合を占めるが、家族法において「白地規定」が多いのはその理由からである。⑧わが国独自の調停技法の習得は不可欠であり、北米を中心とした同席調停の工夫を採り入れる余地がある。⑨家庭裁判所調査官の存在意義に関わる問題であるが、いろいろ批判はあるにしても筆者としてはなお調査官の専門的活躍に期待したい。⑩特に「子の利益」の概念は人間関係諸科学の対象となる事実学の側面と、法的概念の一つとして規範学の対象となる側面も当然にある。⑪絶えざる個人の努力と先輩や専門家の助言を求めることになろう。⑫当事者の自由を最大限に尊重し、裁判所による後見的機能による強制は控えめの方がよい。⑬それぞれが全てその役割を分担して他に押し付けず、過干渉は避ける努力も必要である。⑭日本人の特殊性と普遍性について良く検討し、調停においてそれを調和的に運用する余地が調停手続にはある。⑮諸外国の制度を無批判的に取り入れるという手法では、結局我が国に定着する可能性が低く、わが国独自の制度設計の確立に努めるべきである。」。

私は最近、東北アジアにおける儒教・仏教・道教・神道の相互関係と将来の宗教的理念の高まりの可能性について研究中であり、その成果を基礎にして『日本家族法』の体系化と単行本化を検討していますが、今や実体法としての家族法や手続法としての家事事件手続法の分野は単なる欧米の物真似では済まされず、東アジア発信の先進的な理論体系と実務実績をつみ重ねていくべきだと思っています。

そこで、家事調停の基本的問題について、現段階では、以下のように考えます。

5 調停合意説と調停裁判説の克服

まず、調停合意説と調停裁判説の調和的運用の問題ですが、原則的には調停合意説に立脚しつつ、調停裁判説の利点と長所は採り入れるべきであります。例えば、離婚原因に関する判例では、有名な最大判昭和 62・9・2 民集 41 卷 6 号 1423 頁は、別居期間が長期に及ぶ場合で未成年子がおらず、相手方が苛酷な状態に置かれる等の特段の事由がない限り、有責配偶者の離婚請求が認められる場合があると判示しました。筆者はその判例の前後に家事調停を担当しましたが、経験上一つだけ言えることは、その判例出現後有責配偶者（夫）は調停で離婚に関する話し合いに応じようとせず、判決での解決を求めることが多くなって、弱者（妻）保護にはマイナスとなったという事実です。有責配偶者の離婚請求拒否の法理のような判例では、夫は救済されないからもっと多くの財産給付をして早く離婚した方がよいという形での意見調整は困難になりました。そこでは調停裁判説では限界があるわけで、より高度な調整能力が求められ、調停合意説の出番ということになりました。

ここで調停（合意）と訴訟との選択の問題に触れておきますと、最近では訴訟ではなく調停で解決すべきだという意見が強いようですが、筆者は必ずしもそうは思いません。当事者に合意を強制してはならず、当事者が

合意をしないといっているのなら、むしろ判決で判断基準を示すべきです。ですから、図表(1)中の③の本来的人訴事件と④の一般調停事件の類型は調停が不成立となればそれで終わりです。訴訟となるためには新訴の提起が必要になるという制度には合理性があります。

なお、調停裁判説は、遺産分割や養育費・婚姻費用分担などの財産的請求であれば、一定の機能を発揮することになると思います。しかし、子の監護に関する処分中、面会交流や子の引渡請求の場合には、調停合意説に立ち地道な対応をすることが求められます。しかしそれでも、合意の強制はしてはならず、その意味では最後にはノーと言って拒否できる調停に代わる審判はそれなりに機能すると思っています。あくまで無理をして合意の成立に持って行ってしまうと、当事者は拒否権（ノーと言える権利）を行使できなくなりますので、合意の押し売りはよくないのです。

6 調停と審判との関係

家事法別表第二（旧乙類）事件の種類の調停事件が不成立となりますと、当然に審判手続に移行します。そうすると、第二種類の審判事件の特色は、その実体法規定が、例えば民法 766 条の子の監護に関する規定のように、第一次的に当事者間の協議に委ね、それができないときに家事調停又は家事審判によってその「当事者の協議に代わる処分」を行うという基本的構造になっており、その意味では協議 → 調停 → 審判という時間的・内容的プロセスを経て、当事者間の権利義務関係が少しずつ確定していくという性質を持つということが挙げられます。

そこでいう内容的プロセスとは、調停は当事者間の協議の中身が反映され、審判はその協議や調停の経過を踏まえて行われるということです。そうすると、審判は調停での話し合いの延長線上にありますので、その意味では調停と審判は連続的であり、決して非連続として別個独立の手続ではありません。調停が不成立となると調停と訴訟との関係では全くの非連続

となり、そこで新訴の提起は不可欠ですが、調停と審判との関係は連続的であり、そのため調停が不成立となると当然に審判手続に移行し何等のアクションも不要です。

しかし、他方では、調停と審判との関係で注意しなければならないのは、調停における任意性の確保の観点から見れば、調停で話し合われたことがそのまま審判手続に持ち込まれたのでは、当事者は権利義務関係を差し置いて調和的解決を図るべく相手の主張を認め合意の調達に努力しようとする気持にはなれません。そこで調停で話し合われたことは審判での判断資料にはしないという制度的手当が必要になります。旧家事審判法時代にはその点の配慮が不十分で家事調停で記録等がそのまま審判手続に持ち込まれていましたが、新家事法の下ではそれでは調停での任意性の確保ができないとして、調停と審判との制度的非連続・断絶の方向に舵を切ることになりました。

すなわち、調停で使われた資料はそのままでは当然には審判手続には引き継がれず、審判手続で調停記録中の証拠資料について「事実の調査」の方法として取り上げて初めて審判の資料とすることができることになりました。その限度で、調停と審判との非連続の取扱いとなったということです。もっとも、この点は家庭裁判所調査官の調査報告書は当然に引き継がれるのか等曖昧な部分も残されています。この点は調停裁判説によれば調停と審判との連続性を強調することになるのに対し、調停合意説によればその反対ということになりましょう。

いずれにせよ、新たな再検討が必要ですが、家事調停と家事審判との連続的要請が求められる分野と逆に非連続的な要請が求められる分野があるわけです。両者の調和的解釈は理論的にも実務運用的にも可能だと思います。

7 家事調停事件受理件数の推移

戦後、家庭裁判所ができて家事調停が始まった昭和24（1949）年から70年を経過しましたが、最新の統計である平成29（2017）年とそのほぼ中間時点である昭和60（1985）年の三時点での家事調停事件新受事件数の推移を見ますと、別表の通りです。別表第二審判事件（旧乙類審判事件）とそれ以外の調停事件に分けています。統計上は、「その他の調停事件」として、図表(1)の④の一般調停事件と⑤の本来の人訴事件を含めています。

この数字を比較しますと、子の監護に関する審判事件（面会交流申立事件や子の引渡請求事件など）婚姻費用の分担申立事件が激増しています。また、「その他の調停事件」中の「婚姻中の夫婦間の事件」の代表はいうまでもなく「夫婦関係調整（離婚）申立事件」ですが、最近はほぼ横ばい傾向にあるものの、依然として高水準であることが窺えます。

そこで、本逐条解説第（三）巻の巻末特別編で、最近の著名事件である(1)面会交流調停、(2)婚姻費用・養育費分担調停、(3)親権者・監護者指定・変更調停（子の引渡調停）、(4)離婚（夫婦関係調整）調停の四類型に絞って、調停の進め方を検討することとします。

別表第二審判事件中、財産分与に関する事件は離婚成立後2年以内に別途独立して申し立てる場合であり、財産分与の請求は多くの場合協議離婚・調停離婚・審判離婚・判決離婚等で解決されますので、上記(4)の離婚調停の中で取り扱います。なお、遺産分割事件も激増していますが、これは本逐条解説第（二）巻巻末で遺産分割審判の進め方として取り扱っていますので、ここでは割愛します。