

人事訴訟法施行後の調停手続と 訴訟手続の連携について

鶴 巻 克 恕

1. はじめに

新しい人事訴訟法（以下「人事訴訟法」という。）は、平成15年7月16日法律一〇九号として公布され、平成15年12月12日政令五一二号により平成16年4月1日から施行されている。本稿は、改正を前提として、同法がより良い法制度として定着していくに、その多くの手続領域のうち特に離婚事件の調停及び訴訟手続に焦点をあて、家庭裁判所の運用上、今後どのような配慮がなされていくことが望ましいかを、制度を利用する弁護士立場から、とりわけ事実上大きな問題として直面している、調停手続と訴訟手続の連続性ないし連携（制度的連続性の問題だけでなく、実際の手続における連続性ないし連携）について、若干の実務的考察を試みるものである¹。

2. 人事訴訟手続の家庭裁判所への管轄移管の意義

2.1. 平成15年の改正においては、人事訴訟及び人事訴訟に係る訴えの原因である事実によって生じた損害賠償請求に関する訴訟が家庭裁判所の専属管轄とされた。これまで少年事件や家事調停、審判を扱っていた家庭裁判所が家庭をめぐる人事訴訟をも担当するいわば家庭事件における総合的裁判所として機能していくことは、それ自体制度的理想に

近づくことになり、総論的にはそのことに特段の異論はなからう²。

- 2.2. しかし、各論的にみれば、実際には、人事に関する事件といっても、訴訟となると、調停とはかなり異なり、訴訟という特質性から手続要請が求められることも否定できない。これを調停の側面からみてみると、人事訴訟法は、家庭の紛争を解決する制度として家事調停制度が重要な機能を果たしているとの認識のもとに、従来からの調停前置主義を維持した。調停前置制度が既に大方の国民の共通理解が形成されていると考えられ、調停前置はむしろ人事に関する訴訟が家庭裁判所に移管されるにあたっての制度的土壌としての機能を果たした。
- 2.3. しかし、改正にあたって、家事調停手続と人事訴訟手続とのあり方について、調停が不調になった場合には、当然に訴訟手続に移行させるか、改めて訴えを提起させるかについて、見解が必ずしも一致していたわけではない。すなわち、調停手続と訴訟手続とを連続して扱うか切断して扱うかということである。

司法制度改革審議会(平成11年7月設置司法制度改革審議会)において、改正前の制度では、離婚などにつき家事調停が不成立に終わり、訴訟を提起する場合には、地方裁判所に訴えを提起することとされていたため、家庭関係事件の解決が、家庭裁判所の家事調停手続と地方裁判所の人事訴訟手続とに切断され、手続間の連続性が図られていないことが指摘されていた。このことが国民感情から不自然であるというのがその基本にあったと思われる。

ところが、法制審議会の民事、人事訴訟法分会(平成13年6月設置)においては、調停前置については共通の理解がなされていたと思われるが、調停手続と訴訟手続との連続性の是非については、結局その連続性を採用しなかった。そのため、上記司法制度改革審議会において、地方裁判所から家庭裁判所の人事訴訟の管轄を移行すべき理由に上げ

られていた当事者の便宜を図るという連続性の採用はなく、改正においてはこれが否定された。人事訴訟法が従来どおり調停手続と訴訟手続との連続性を認めなかったのは、調停手続と訴訟手続を連続させると、調停そのものが常に訴訟を前提として進行することになり、当事者が調停の場で、自己の考えや悩みを出しながら調停を進めていく調停の弾力性や柔軟性などその持つ有用性が没却されかねないことを懸念したものと思われる³。

- 2.4. 改正前の制度においては、調停と訴訟の連続性について、実際に制度を利用する当事者及びその代理人がどのような意識であったかについてみるに、これまで人事訴訟手続は地方裁判所の管轄であったために、家庭裁判所ではいわば訴訟を意識せずに、要証事実を越えた比較的自由的な意識のもとに、調停に至るまでの様々な事情の主張ができたことは言えよう。他方、家庭裁判所で不調になった場合に、場所を移して地方裁判所で訴え手続を行うことは、少なくとも弁護士受任事件では、委任者である当事者自身に対し代理人弁護士がその手続を説明しかつ代理することになるので、さしたる支障を感じることは少なかったものではないと思われる。かえって、家庭裁判所での不調事件を、いわば白紙の状態、地方裁判所で改めて仕切り直しができ、訴訟手続のルールに従った当事者双方の主張と証拠をもつての適正手続が担保される安心感があったとも言える。ただ、代理人が付いていない当事者本人が、調停手続が不調になったので、今度は地方裁判所に回わるようにと言われても、違和感を持ったであろうことは容易に推察できる。当事者本人にとっては、誠に使いにくい制度と思うのは当然であろう。その意味では、調停裁判所と訴訟裁判所とが同じ方が当事者本人の常識的な意識に合致する。しかし、実際は、改めて訴えを起こさなければならず、しかも訴訟の性質上、それに即した手続を求められることから、抜本的な負担の軽減に繋がるかは疑問である。ことに

離婚の附帯請求として財産分与を伴う場合には、財産の明細やこれに対する法的主張が必然であることからすると、その困難性は本質的には変わらないと言えそうである。したがって、人事訴訟法の運用をその理想にそって充実していくためには、訴え提起の方法、具体的には訴状作成などについて、簡便な方法の工夫が望まれるであろう。ただ多くの弁護士達は、家庭裁判所に移行したこと自体には異論はなからうが、今のところ単に場所的変更の意味しか感じていないというのが正直なところかも知れない。むしろ、上記に述べたいわば白紙の状態ですべて訴訟手続上の当事者双方の主張と証拠をもって訴訟を遂行できる適正手続が、新しい制度のもとにおいて担保されるかの一抔の不安が否定できない。

いずれにしても、そのようにみえてくると、人事訴訟手続を地方裁判所から家庭裁判所への移管に伴う場所的変更の意義は、文字通り訴え提起の場所的便宜は認められるとしても、本質的な変革と言えるためには、まさに制度の中身が変わらなければならないことは当然である。

しかし、先にみたように、調停の人事訴訟手続からの独立性は、調停の有用性を考えると棄てがたく、さらなる当事者の便宜のためには調停が不調になったからと言って、当然に訴訟に移行する手続には賛成しかねるし、人事訴訟法もこれを否定した。それでは、地方裁判所から家庭裁判所への人事訴訟手続の管轄移管の意義は、どこに求められることになるのであろうか。結局は、移管された家庭裁判所の実際の人事訴訟法の手続のあり方に求められる。そうすると訴えの提起を要するとしても、同一裁判所であることから、調停と訴訟をどの程度連携させるかが重要となろう。したがって連続性の問題は、調停不調の場合に新たな訴えが必要かどうかの制度的連続性（これを本稿では「制度的連続性」とする。）の問題だけでなく、その関係を別個にしても、なお調停手続と訴訟手続をどの程度連続性ないし連携をもたせるか（同じく本稿ではこれを「手続的連携」とする。）の問題に直面

する⁴。後者の連続性ないし連携の問題については、裁判官、調停委員の側面から見た人的連続性ないし連携と、それ以外の例えば調停記録を訴訟手続に利用する等の連続性ないし連携が考えられる。

3. 手続的連携について

- 3.1. ところで、改正法においては、制度的に調停手続と訴訟手続が切断されたわけであるが、実際の手続の運用面で、調停手続と訴訟手続が理想的に相互に機能しあうことが期待される。しかし、実務的には、少なからず懸念がないわけでない。

今回の改正では、調停担当の裁判官と人事訴訟事件担当の裁判官を異にしなければならないとする法律上の制約は付されていない⁵。これは、職業的裁判官は法律と良心のみによって、証拠に基づいて裁判をすることが求められているということからである。起訴状一本主義のもとにおいても、起訴前の勾留担当裁判官が当該被疑者の勾留裁判に関与し、その後公訴提起された被告人として係属する刑事裁判所の裁判に関与する場合などにもみられる。しかし、裁判官の補填のできる庁においては、勾留担当裁判官と刑事裁判所の関与裁判官とを別にしており、その性格上、異なる裁判官が担当することがより好ましいものとされているのである。したがって、調停関与裁判官と訴訟関与裁判官が同一であることも制度上認められている以上、これを否定するものではない。他方、民事裁判所が訴訟手続のなかで和解を試みることが、訴訟の進行過程の問題であるが、実際の運用面でみると、裁判所及び当事者は訴訟の行く末を見極めながら極めて慎重に和解を試みているのが実状である。しかし、調停手続と人事訴訟法の訴訟手続とは、民事裁判の進行に応じてなされる和解との関係とはその性格を異にし、制度上は、全く別の手続として位置づけられている。職業

的裁判官であるからと言って、前置とは言え、訴訟手続ではない調停手続で関与した同じ裁判官が訴訟を担当することには慎重を要するものと言わなければならない。

- 3.2. ところで、実は、改正前の実務においても、調停担当裁判官と訴訟担当裁判官が同じである実態が存在していた。それは、家庭裁判所としての独立の庁舎がなく、家庭裁判所及び地方裁判所が同居し、裁判官も兼務している甲、乙号支部、とりわけ1人の裁判官が地方裁判所裁判官と家庭裁判所裁判官を兼務している乙号支部においてである。これら支部においては、当該裁判官は、調停の段階では家庭裁判所家事裁判官として関与し、調停不調後の訴え提起がなされた場合には、地方裁判所民事裁判官として、すなわち制度的には別の裁判所の裁判官として、実際は同一裁判官が調停から訴訟へとその手続を進めていくのである。また調停申立は家庭裁判所において、訴え提起は地方裁判所においてではあるが、両裁判所とも同一建物内にあり、少なくとも当事者本人の意識は、名称は異なっても同じ裁判所という意識に近かったのではないか。この形態の場合に、実際はどのような調停ないし裁判の実態が存在していたのであろうか。

ところで、人事訴訟法施行前における当事者の訴訟手続調停意識についてみるに、調停委員の調停の進行については、本庁や甲、乙号支部とも、比較的自由に対応しているのではないと思われる。筆者の離婚事件の代理人及び調停委員の経験で言えば、調停の部屋では主に調停委員だけで進められ、調停が暗礁に乗り上げると、裁判官が乗り出し、当該事件の裁判官の考え方が調停でも示されることが多いが、本庁、甲号支部では、訴訟担当は別の裁判官であるということから、訴訟を意識せず自由な観点から調停を進められるという意識があった。しかし支部、とりわけ乙号支部においては、その後訴えを提起した場合には、同一裁判官であるということ、その勧める調停案が強い説

得力をもって当事者に受けとめられると感じていた。しかし問題点を指摘すれば、調停中とは言え、不調となればいずれ訴訟担当として予定されている裁判官に対して、少なくとも訴訟代理人としては不調になった場合を想定しての訴訟を意識することは否定できない。ここでの発言が不意打ち的認定になるとすれば、それは手続的に適正ではない。また訴訟手続上で提出されたものでない主張や資料によって、裁判官が一定の予断や結論を持ってしまっていて、これでは訴訟は別の裁判官に担当して欲しいと思えることもこれまでの経験のなかにはあった。職業的裁判官は、制度的要請として手続的に厳正であることが期待されるとしても、なかには訴訟手続によることなくして、予断をもってしまったと思わざる事例もあった⁶。まさに、調停手続と訴訟手続を連続ないし連携するべきか、切断するべきかという両議論の述べるメリット、デメリットに直面していたと言えよう。

- 3.3. しかし、訴訟手続前である調停において、その進行について担当裁判官に伝えられ、その都度、裁判官からも適正な調停進行の意見が述べられている。この調停委員の調停の部屋における事実認識や見解が裁判官に伝えられることによって、メリットとして考えられることは、裁判官の独断ではなく、社会経験豊かな調停委員の見解も交えて、裁判官の考えが構築されていくことである。反面、訴訟手続でない様々な事情や資料によって、訴訟手続外の予断的事情が入り込み、これが調停委員の考えに影響を与えて、さらに、裁判官に予断を与えないかという懸念を指摘しておく。

さらに付言するに、乙号支部において、これまでの調停・審判において、調査官の機能が発揮されていたかという点必ずしも十分でなかったと言わなければならない。その最大の原因は、調査官の人員の不足が原因と思われ、本庁においては概ねその機能が発揮されているが、支部には必要に応じて本庁の調査官が派遣されてくるようである。し

かし、必ずしもその充実が分以上は図られているわけではない。この点も人事訴訟が家庭裁判所に移管されたと言っても理想に近づくに未だ解決すべき問題を含む。

- 3.4. 改正の必要性として挙げられていた一つの理由として、家庭裁判所調査官の専門的知見を人事訴訟手続に利用できる期待があった。ただ、利用できるとしてもそれは、附帯処分等に該当する事項の裁判の審理、判断の基礎としてのみ認められる。確かに、現在、家庭裁判所における調査官の専門的知見に基づく調査結果が調停・審判の処理に役立ち、その存在意義は大きい。ことに親権をめぐる争いは実務的にも熾烈を極めることも多く、子どもの福祉の観点からの調査結果は親権の帰趨に決定的である。ただ全く問題がないわけでもない。それは、やはりその性格上から已む得ないものとしても、反対尋問等で保障された調査でなく、一方当事者からみれば（調査時に子どもを監護していない一方当事者からみれば）、密室における調査ということは否めない。これに対しては、次項において改めて述べる。

4. 調停手続と訴訟手続との今後の連携のあり方

- 4.1. 以上のようにみえてくると、人事訴訟の管轄を地方裁判所から家庭裁判所に移管したことによる様々な問題点や運用上留意しなければならない事柄が浮かびあがってくる。

そのなかで、調停委員の調停の持ち方であるが、従来からの様々な事情を述べる自由な雰囲気を確認していく調停手続を大きく変える必要はないのではないかと考える。むしろ、調停手続と訴訟手続が同一家庭裁判所の管轄になったことによって、従前からの調停の良さがそこなわれないように配慮していく必要がある。この点、平成15年改正

後において、調停委員、当事者の意識が変わったのかについて、筆者の調停委員の経験及び代理人弁護士の経験で見ると、調停委員、代理人弁護士の認識はさほど変わっていないのではないと思われる。当事者も訴訟を前提として調停を進めていくことにこだわる必要はない。私の経験する限り、かなり以前の調停委員のなかには、家庭における妻の生き方についての自説を延々と唱えるなどの委員はいなくなっていたが、幸いにも現在は極めて慎重かつ適正に調停が進められているという印象である。これには、今日、調停委員には人材が揃っていることであろうが、家庭裁判所における調停委員の研修も充実していることによるものであると考えられる⁷。ただ、制度の変革にかかわらず、調停委員、弁護士等の意識が変わらないのが、制度変革の重要性にさほどの関心がないとすれば、改革の意義が失われかねないことになる。

- 4.2. しかしながら、同一裁判所に訴訟手続が予定されていることは、当事者にとって、時にはよりナーバスになることも想定しなければならない。したがって、留意すべきことは、不調となれば訴訟手続に入るということを忘れて、一方の当事者に一定の結論や裁判官、調停委員の独自の見解を押しつけたり、あるいは逆にそれにこだわり、判決の結論はこうなるであろうと強引に説得を試みるなどは自重しなければならない⁸。

ただ、調停委員のなかには、調停の前提となっている争点に関する事実認定に余りにも慎重で、一方の見解を他方に伝えるメッセンジャー的役割に止まり、客観的資料で明らかと思える前提事実に対しても、調停委員としての見解を曖昧にすることは、かえって当事者にとっては調停委員が分かってくれていないという不満を残すことがあることを付言しておく。

4.3. 次に、調停委員はもちろんであるが、裁判官においても、調停進行過程における事案の心証形成について、考えておく必要がある。調停においては、事実認定がなされる訳でないが、その性質上、何らかの合意に至るためには、調停の前提となる争点事実について、ある程度の実事認定は避けられない。その場合に、調停手続と訴訟手続を切断した実質的理由を明確しておかなければならない。

現在の調停は、その事件数の多さから、裁判官は調停の開始時、及び調停の終了（成立、不調）など以外は、特に当事者の主張が対立し調停委員のみでは進行が難しい場合などに、調停席に臨んでいる。このことは、制度的には好ましいことではないが、一面調停委員が法律の専門家である裁判官を入れなくて、一般社会常識のもとで、調停を進めやすい効能を果たしているとも言える。いずれにしても、調停開始時に、裁判官より進行について意見が述べられることもあるが、調停当日の終了後に、調停委員から裁判官に当日の当事者の主張やその日の進行状況について報告がなされ、また特に裁判官の判断を仰ぐ必要がある場合には、調停を中断して裁判官と協議することもある。

このような実状を鑑みると、調停委員の報告、協議において、訴訟手続によらずして裁判官が事件の心証を意識的または無意識的に採られていることがあり得よう。とすれば、調停手続に関与の裁判官が訴訟手続をも関与する可能性がある場合には、調停委員において、調停がその後の訴訟手続に事実上少なからず影響を与えかねないことを知っておくべきであるし、調停委員から報告を受ける裁判官も予断排除に心しなければならぬであろう⁹。職業的裁判官であるから、係る懸念は無用との反論もあり得ようが、しかし、実際には、民事事件における訴訟手続において、裁判官が和解の席上で、事実上心証を採るということも知られている。ただ、上記民事事件における和解は、いわば訴訟手続線上のものと言うべきであって、当事者も訴訟手続の途中での和解であるが故に、訴訟を意識しながら和解を望んでいるのが

一般的であろう。

これに対し、改正法による調停手続と訴訟手続はその関係が制度上切断されているのであり、当事者としては、切断されていると思って、自由にしかも無警戒に調停に望んでいたにかかわらず、同一裁判官が担当する場合に、事実上、連続の様相を帯びており、その後の訴訟手続に不意打ち的影響を受けるとすれば、訴訟手続の適正が保たれないことになる。したがってまた、調停の記録は、そのまま訴訟手続に利用することは賛成しかねる。当事者双方が閲覧、謄写し、これを書証として提出できる範囲内の利用に止まるべきであろう¹⁰。

- 4.4. 事実認定に関連して、改正人事訴訟法は、附帯処分等に該当する事項の裁判の審理、判断の基礎としてのみ証拠調べの他に、事実の調査に関する規定を新設した（33条、34条）。事実の調査は、厳格な証拠調べの方式によらない、裁判資料の収集手続である。人事訴訟手続が訴訟の性格を持つものであるから、証拠調べを原則とするが、附帯処分に該当する事項は、裁判所の自由な裁量により権利義務を形成する審判事項であることから認められたものである。離婚訴訟においては、親権者の指定、監護者の指定、養育費用等の附帯処分等が争点とされることから、訴訟手続においてこれら附帯処分等を併合することが紛争の解決にも、訴訟経済上にも期する。旧人事訴訟手続法においても、同様の規定（人事訴訟手続法15条）が設けられていたが、調査官の事実調査などの機能は地方裁判所にはないことから、この点は家庭裁判所に移管されたことの意義は大きいとされている。

ところで、実際の事件では、離婚事件等が熾烈になる場合には、親権者の指定、監護者の指定をめぐる深刻な争いの事案が多い。この場合、裁判所は、離婚に関する訴訟については、訴訟手続による証拠調べにより審理し心証を形成するが、附帯処分等に該当する事実については、事実の調査による審理も加えることができるということになる。

問題は、離婚原因事実と子に関する調査事実とは同一の基礎事実のもとに密接に関連している場合が多い。したがって、証拠調べ結果と事実調査結果とは論理上綺麗に区分できても、心証形成の過程では、實際上必ずしも綺麗に区分けできないことも多いはずである。

この点は、人事訴訟法において、調停手続と訴訟手続の分断が求められたにかかわらず、実務上、きちんとした区分けが必ずしも単純でないことと同様に複雑な問題を生じかねない。

- 4.5. すなわち、訴訟手続上の離婚紛争の審理と非訟事件としての附帯処分事件を併存し、後者においては厳格な訴訟手続によらない事実の調査を認めたことにより、専門職である調査官を有してその調査機能が期待される家庭裁判所において、これまで地方裁判所において生じなかった新たな悩ましい問題を抱えることになったと言える。しかも、事実調査については、「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わなければならない」(人事訴訟規則20条)と定められた(これは、家事審判規則7条の3と同様の規定である)が、事実の調査方法には特に限定はなく、多様な調査が予定されている。なお、事実の調査の記録化が求められ(同規則23条)、事実の調査をしたときには、特に必要と認められない場合を除き、その旨を当事者に告知が求められている(同規則24条)。さらに当事者審問において原則として他方当事者の立会を原則とし(同規則33条4項)、また事実の調査結果の閲覧等が認められている(人事訴訟法35条)。調査官の事実の調査については、「家庭裁判所調査官に…専門的知識を活用した事実の調査をさせるときは、その事実の調査を要する事項を特定するものとする。」(人事訴訟法規則20条2項)として、調査官の調査には調査事項が特定された。調査方法には法及び規則には特定がなされていないが、裁判所は調査命令を出すにあたって可能な限り調査方法も特定することが望ましいであろう(野田・安倍 p242)。このよう

な制度的担保が図られたとは言え、事実の調査は原則非公開、密行的であることは否めない（人事訴訟法33条5項）。特定された調査事項（ないし特定された調査方法）の範囲内で、調査官のその専門的知識を活用した自由な裁量で資料が収集されることになる。さらに重要なことは、調査官の意見に関することである。例えば親権は母に指定されるべきか、父に指定されるべきかである。実務上、親権の帰属などに決定的な影響を与えかねない。この点、人事訴訟法34条は「家庭裁判所調査官は前項規定による報告に意見を付することができる。」と定め、規定上は調査官の判断に委ねられていることになろう。しかし、実際上は、調査官に調査が命じられている事案は、当事者の子をめぐる対立が激しく、専門的知見からその意見を求めたいが故に調査命令が出されるのであろう¹¹。

調査官が親権の帰趨につき意見を付することは、調査を認めた必然性から、これを否定することはできないが、当事者の立場で言えば、子どもをめぐる紛争においては当事者の対立が激しく、調査官が子どもに関する専門的な知識を有しているとしても、反対尋問が保障されないなかで、当事者と面接する。また他の証拠が存在するにかかわらず、必ずしもそれらの証拠を把握しないまま事実認定していることも、現実的にしばしば起こり得る。調査官の努力とその役割については理解するとしても、少なからず懐疑的にならざるを得ない事例もある¹²。

したがって、同一手続内で訴訟手続としての証拠調べと非訟事件手続としての事実の調査を運用上においてもきちんと分けし、その意識をもっていく必要がある。

- 4.6. しかも、事実の調査については、訴訟手続においても証拠として提出する方法があるとなると、より複雑になってくる。すなわち、裁判所の許可を得て、当事者が事実の調査の結果を閲覧、謄写等によりこれ入手し、書証として提出する場合があります。この場合には、事

実の調査結果が直接その証拠となるものでなく、提出された書証が証拠となるものであるが、結局は、事実の調査結果が訴訟事件の審理、心証の基礎となってしまう。もちろん民事事件では、刑事手続のように書証の証拠能力は問われないのであるから、適法に入手した資料を書証として提出することは、通常の訴訟手続でもあり得るわけであるが、調査結果が決定的証拠になりかねず、かつその調査は調査の方式を限定せず、しかも実際には、密行的、非公開の手続のもとでなされており、調停手続を訴訟手続の基礎とせず、両手続を切斷した人事訴訟法の枠組みがその限りでは、崩れることになる。

- 4.7. 事実認定にかかわる改正法の一つに、職権探知の問題があるので、付言しておく。旧人事訴訟手続法は、婚姻事件につき「裁判所ハ婚姻ヲ維持スル為メ職権ヲ以テ証拠調ヲ為シ且当事者カ提出セザル事実ヲ斟酌スルコトヲ得但其事実及ビ証拠調ノ結果ニ付キ当事者ヲ訊問スヘシ」（14条）と規定していた。同規定は「婚姻ヲ維持スル為メ」の片面的職権主義を採用していたことは争いがない¹³。

改正の人事訴訟法は、「人事訴訟においては、裁判所は、当事者が主張しない事実をしん酌し、かつ、職権で証拠調べをすることができる。この場合においては、裁判所は、その事実及び証拠調べの結果について当事者の意見を聴かなければならない」と規定し、全面的な職権主義を採った。その結果、民事訴訟法の弁論主義に基づく当事者の懈怠に関する規定（民訴法157条、157条の2、208条、224条、229条4項、244条）、裁判上の自白に関する規定（159条1項、179条）、請求の放棄、認諾、和解に関する規定（人事訴訟法37条、44条）、人証の順序に関する規定（207条2項）が排除された。

この点は、実務上職権探知主義を採ったとしても、裁判所は改正前の地方裁判所における人事訴訟において行われていたと同様に適正な釈明権を行使していくことになろう。したがって、職権主義と言って

も抑制的に行使されていくのではないかと考える（最判昭和29年1月21日民集8巻1号87頁）。

- 4.8. 以上みてきたとおり、制度上においては、調停と訴訟の分断が図られ、それには調停の特質を十分発揮し、訴訟にとらわれないことが求められているのである。他方、同一家庭裁判所で両者がなされることから、調停と訴訟との手続上の連携を図ろうとする方向性に異存はないが、それを余りにもやりすぎるとかえってその弊害も生じかねない。この点において、秋武報告では、「調停手続を訴訟の準備段階と位置づけて争点整理等を実施すると、調停制度の利点がそこなわれるおそれがあるから、進行方法等については十分留意する必要がある。」としている¹⁴。そして同報告では、離婚訴訟上、最も錯綜しやすい財産分与についての個別問題としてではあるが、「今後これまで以上に、裁判所と訴訟当事者が協力して、争点を明確化し、無用な争いを避けて効率かつ充実した審理ができるようにすべきである。」と提言している。このことは、財産分与の問題に止まらず、人事訴訟が家庭裁判所に移行し、かつ制度上調停手続と訴訟手続が切断されたなかで、家庭裁判所における手続上での連携を充実していく上で、極めて重要であることを指摘しておく。

* 本論文は、科学研究費補助金「平成17年度新人事訴訟法と家事調停・人事訴訟に関する法社会学的研究―日英比較の視点から」（代表者 南方 暁）によるものである。

- 1 「自由と正義」2007年2月号54頁以下に、「人事訴訟法施行2年を振り返って」の特集として、小野木等判事が「大阪家庭裁判所での人事訴訟法の審理状況について」（以下これを引用するときは、「小野木報告」という。）、秋武憲一判事が「東京家庭裁判所における人事訴訟の運用状況」（以下「秋武報告」という。）、第二東京弁護士会の梶村太市弁護士が「東京家裁・大阪家裁における新人事訴訟法の運用状況報告の問題点」（以下「梶村報告」という。）と題して報告されている。これによれば、東京家庭裁判所及び大阪家庭裁判所の施行後のおおよその運用状況が分かる。なお、その外に、判例タイムズ1202号63頁以下、同1205号29頁以下において、「新人事訴訟法の一年をふりかえって」として、裁判官、調査官、弁護士等の意見交換がされている。ただ、上記報告は、いわゆる大規模庁における運用であり、筆者の所属する新潟県弁護士会管内の新潟家庭裁判所のような裁判官、調査官の少ない地方の家庭裁判所での運用の実状はまた独自の課題があるといえよう。
- 2 梶村太市・徳田和幸編（2007年）『家事事件手続法第二版』有斐閣14頁によれば、「平成15年の改正作業の比較的早い段階から、人事訴訟事件を訴訟事件のままに移管することに共通の理解が得られていたように思われる。」という。平賀健太「人事訴訟—批判的考察—」民事訴訟学会編（1956年）『民事訴訟法講座第5巻』有斐閣1289頁は、「身分関係に関する裁判所の後見的役割から人事訴訟法を廃止し、すべてを非訟化にして処理する」ことの案を提起されている。家族関係を訴訟手続において、訴訟によってさらに激しく対立することは好ましくないとの考えが背景にあると思われる。しかし、既に対立している当事者に関する紛争を訴訟手続という適正な手続のもとで、解決していく必要性は否定しがたい。今日、この考え方は少なく、この非訟化は別として、家庭裁判所への人事訴訟の移管についてはほとんど異論なく受け入れられているのではないか。
- 3 改正に至る経過については、野田愛子・安倍嘉人編（2007年）『改訂人事訴訟法概説』日本加除出版（以下「野田・安倍」という。）所収論文に詳しく記載されており、本稿の上記経過の記述もこれらを参考にし、なお私見も加えた。
- 4 この点について、秋武報告においては、両手続の独自性を前提とし、「訴訟前の調停を充実させることが必要であり、そのための工夫や方策についてさらに検討されるべきである。調停関係者（裁判官、調停委員、代理人等）がこの問題に真剣に取り組まないと、訴訟が増加し、遅延化するおそれがあるであろう。しかしながら、調停手続を訴訟の準備段階として位置づけて争点整理を実施すると、調停制度の利点がそなわれるおそれがあるから、進行について十分留意する必要がある。」とされる。
- 5 小野木報告では、「大阪家庭裁判所の家事部は3人の裁判官でなされ、人事訴訟のみを担当する裁判部を設けていない」ということである。事件は配転順

序に従って、機械的に配転する結果、調停に関与した裁判官の場合とそうでない場合が生じることになると思われる。これに対し、秋武報告では、「東京家庭裁判所は、調停部と人事訴訟部が分かれている」ので、調停の関与裁判官が人事訴訟を担当することはなく、制度的連続性の切断が忠実に運用されていると考えられる。新潟家庭裁判所では、2名の裁判官が事件配転に従って担当しており、大阪家庭裁判所とはほぼ同様と思われる。

- 6 家庭裁判所が独立庁舎を有し、その専門司法機関とし機能していることは、実は、裁判官、調停委員の意識に大きく影響し、家事の専門性を高めようとする意識が醸成されるのでないかと考えられる。このような観点から、人事訴訟事件が家庭裁判所に移管されたことは、家事専門的機関としての広い視野から人事訴訟を判断することが期待され、その移管された意義は大きいと考える。これに対し、支部として、民事事件、家事事件の双方の担当をこなさなければならぬ裁判官等にとって、職業的裁判官であるとしても、民事事件の比重が大きいのが実状であって、裁判官の努力は認められるが、いきおい家事事件についても民事事件の解決手法に向く傾向がないであろうか。
- 7 人事訴訟においては、司法委員の充実も求められている。なお、秋武報告では、「東京家庭裁判所においては、司法委員の負担を考えて、争点が絞られた段階で、争点整理書面を見てもらう等して、当日、裁判官と30、40分程度の事前の打ち合わせをして法廷に臨んでいる」ことが紹介されている。これに対し、梶村報告では、「司法委員は司法に理解ある人が選任されている実状から、司法委員の負担はそれほど懸念する必要はなく、調停の部分関与ではなく、全部関与とするべきである。」ことを強く主張される。方向性としては正しいと考える。また同報告は、「仮に部分関与説で運用するとしても、少なくとも証拠調べに要する時間の2倍ないし3倍以上の時間を事前の準備に当てるべきであるのは常識でなかろうか。」としている。
- 8 調停と人事訴訟の連携、充実につき、梶村報告において、「一般調停事件が不成立になった場合には、同じ家庭裁判所において人事訴訟として解決が図られるのであるから、人事訴訟において予測される判断を踏まえて、より強力な合意の斡旋を行うことが可能となる。」との提言を述べている。このことは、実際の調停においてのそのような説得の効用を認めるものであるが、しかし仮に民事事件で行われている判決を背景にした説得と同じようなことを念頭にしているのであれば、極めて問題である。やはりあくまでも判決にこだわらない広い視野からの調停が望まれよう。むしろ訴訟を踏まえて、当事者の話に真摯に耳を傾け、より広い視野からの解決方法をさぐるなどの調停の充実が求められなければならない。
- 9 梶村報告において、「調停部と人事訴訟部との担当裁判官が異なる場合においては、調停を担当する裁判官及び調停委員と人事訴訟を担当する裁判官との

間で、十分な意見交換や意思疎通を図り、共通認識を有しておくことが必要である。」としている。上記考えは、調停と訴訟の連携を強化して、訴訟の充実を図ろうとする努力をすることにおいては理解できるが、この点は、人事訴訟法が、調停と訴訟を切断した以上は、慎重にむしろ原則として消極に考えるべきでなかろうか

- 10 調停の連携の問題の一つに、調停の記録を訴訟に利用すべきかどうかという問題がある。この点、大阪家庭裁判所の小野木報告では、「調停での財産分与の主張整理や資料の整理など、訴訟手続でも利用した方が審理の促進にもなり、当事者の負担も軽減されると考えられる事項については、調停係からの引き継ぎを検討する余地があるのでないか。」とされている。他方、東京家庭裁判所の秋武報告では、若干これとはニュアンスが異なり、「人事訴訟事件については、調停と切り離されるべきと考えているので、人事訴訟事件が提起されたからといって、直ちに当該事件に関する調停事件の記録を取り寄せることはしていない。」とされる。結局、当事者が必要なものがあれば、当事者が調停記録を謄写して、これを書証として提出することになる。同秋武報告では、「東京家庭裁判所家事部においては、当事者に開示することが相当な場合に限り、謄写に応じており、記録取り寄せについても当事者が謄写できる調停記録と同じものだけ取り寄せとなる」という。新潟家庭裁判所においても概ね東京家庭裁判所と同様の取り扱いである。
- 11 東京家庭裁判所の秋武報告では、「家庭裁判所調査官が人事訴訟事件に関与することに対する期待が大きいが、親権者として子の監護が問題になる事案以外については、事実の調査を命じていない。なお、調査を命じているのは、争点がしぼられた段階からであり、子の監護が一応争点になるとしても、家庭裁判所の調査を待つまでもなく、親権者をだれにするかについて明々白々であると思われる事案については、調査を命じていない。」という。新潟家庭裁判所においての実状も同様であろう。
- 12 家庭裁判所調査官の調査について、訴訟代理人弁護士からの不満をしばしば耳にする。親権をめぐる熾烈な争いの事件において、調査が命じられる場合が故に、当事者ないし訴訟代理人の思い入れも強いということもあるかも知れないが、やはり反対尋問や十分な証拠に基づかずして、現状を一見しただけの調査ということへの不満であろう。もとより調査官の調査の性格上、柔軟な調査が求められるが、調査については、当事者の主張や証拠が相当程度出て、争点が煮詰まって来た段階で、これを踏まえての調査が望ましいのでなかろうか。
- 13 旧人事訴訟手続法の職権主義については、吉村徳重・牧村市治編(1993年)『註解人事訴訟手続法(改訂)』青林書院171頁以下参照。
- 14 同報告では、財産分与における財産調査等において、金融機関調査や不動産調査、鑑定等で主張整理や証拠等の提出が円滑にいかない実状を踏まえて、「個

別の問題としては、離婚訴訟における財産分与の審理方法が検討されるべきであろう。」とし、「こうした財産分与についての審理を効率的よくするためには、当事者双方が財産分与の対象となり得る財産を早期に明らかにした上で、特有財産か財産分与の対象財産であるか、また寄与の程度等についての主張をし、証拠提出をするべきであると考え。そのためには、なによりも訴訟当事者の協力が必要である。」としている。この点、異論はないし、裁判所は財産分与にかかわる審理に苦勞していることが窺われる。ただ、裁判所の実状は理解できるが、金融機関などにおいて、個人情報をも盾になかなか調査に応じないこともあり、金融機関等への証拠取り寄せ等に消極であってはならない。