

人事訴訟法と家事調停

南 方 暁

1 はじめに

紛争処理過程における合法性をどのように担保するかについて、これまで多くの議論がなされてきた。従来、紛争処理の仕組みを整備し、紛争処理の判断基準を明確かつ合理的な内容にすれば、合法性を確保できるとの理解に基づき、裁判制度が整備され、同時に、法をめぐる精緻な解釈を行う営みが展開されてきた。ただ、このように考えたとしても、ある解釈とそれに基づく結論が何故正統性をもつのかを説明することは決して容易ではない。そこで、判断基準の適切さに頼るだけでなく、紛争処理の過程において当事者がどのような扱いを受けているかという手続の性質や内容によって合法か否かの判断を行うべきであるとする主張も見られるようになった¹。

さらに、紛争当事者が、紛争処理過程における結論を合法的かつ適切なものとして受け入れることの重要性が指摘され、そのためには、当事者が出来るだけ紛争処理過程に「参加する」ことが強調されるようになった。また、紛争処理のプロセスである訴訟が、伝統的な対立構造ではなく協働構造としてとらえるべきであるとの指摘も見られる²。

1 田中成明(2000年)『転換期の日本法』(岩波書店 東京)242~243頁。

2 高橋裕(2002年)「現代型訴訟のインパクト」和田仁孝他編『交渉と紛争処理』(日本評論社 東京)190~191頁参照。また、離婚調停を、各自の役割に関して責任を果たす「共働作業」ではなく、みんなが行うもので、かつ、その成果をみんなが共有するという「協力」ととらえ、「家事調停は単なる手続で

このように法的紛争の処理についての新たな動きが展開する中で、家族をめぐる法的紛争処理の核となる人事訴訟手続法が改正され³、2004年4月1日より人事訴訟法として施行された。後述するように、改正法は、人事訴訟をより利用しやすくし、当事者の対立をできるだけ緩和し、専門家の活用などを通して当事者にとって適切な解決をどう導くかという点を重視している。また、訴訟手続へ法律専門家だけでなく非法律家である参与員を参加させることが出来るようになっており、司法と市民との関係をいっそう深める契機をもっている。

もちろん、家事紛争手続の利用者といっても、紛争それ自体が多様であり、「当事者」として抽象的にひとくくりに出来ないことは明らかである。利用者は、年齢、経歴、おかれている状況、性など、まさに個人単位で紛争に関わっているのであり、とりわけ、法との関係で言えば、権利や義務に関する情報や法意識の内容は当事者一人一人まちまちである。ただ、利用者である紛争当事者は何らかの利害をめぐり対立しているのであり、自己の利害を権利義務の問題として理解していることが多い。また、単に利害をめぐる争いと認識している場合でも、利用者はその利害を権利義務(裁判所がそれを最終的に権利義務として認めないにしても)として表現しようと試みるのである。そして、利用者は、一般の財産関係をめぐる紛争の当事者と同じように自己の主張に正当性を「感じており」、また正当というための支えになる「証拠」を常に持ち出してくるのである(「世間の常識でしょう」というのも当事者にとっては「証拠」であり「根拠」なのである)。

はないと思っています。家事調停者は、他人の人生に全身でかかわっていく、そのような調停という「場」への参加者の一人」という認識もある(上原裕之(2000年)「家事調停の今日的課題」判例タイムズ1027号67,71頁)。

3 改正というよりも基本構造や内容から判断すると、旧法を廃止して新たな立法がなされたと言えよう(本間靖規「人事訴訟法制定と理論的課題」法律時報77巻2号54頁参照)。

こうした状況のもとで、家事紛争手続の利用者が紛争処理の結果を「納得」するにはいくつかの条件が必要となる。すでに触れたように、紛争処理基準の適切さであると同時に紛争処理過程の適切さ⁴であり、また、利用者が紛争処理過程に積極的に関わることが出来る機会の提供が重要な意味をもつのである⁵。

今回の、人事訴訟法の改正は、家事紛争処理制度の中での家事調停手続の変更をもたらすものではない。したがって、人事訴訟法にはこれまでの家事調停の手続や判断基準などに直接影響を与える条文はない。しかし、後に触れるように離婚訴訟が家庭裁判所で行われることにより、家事調停にも影響をもたらすことは避けられない。そこで、本稿では、今回の人事訴訟法の改正が家事調停との関係でどのような論点があるかを検討し、論点をめぐる論議に見られる、家事紛争処理観を整理し明らかにしてゆく。

2 人事訴訟手続法改正の動き

2003年3月4日、人事訴訟手続法改正案が衆議院に上程されて法改正の審議が始まった。これまで、訴訟事件として地方裁判所で処理されてきた

4 調停に関して「当事者は仮に正しい法的結論を教えられても、その過程が適切でなければ納得しない。この適切さの内容は裁判と調停では異なる。後者の適切な過程とは、当事者は、調停を通じてみずからを育めたと感じられ、かつ、調停が手続としても公正であると信じられ、初めて法的助言を受け入れることができ、生の争いを整序し法的な争点の在り方に納得して、自己決定するに至るのである」という見解がある（稲田龍樹「調停前置主義と訴訟事件—新人事訴訟法の制定を契機として—」判例タイムズ1143号84頁）。稲田は、家事事件における手続保障について繰り返し触れている（稲田前掲82頁、84頁など）。

5 このような条件が整っているから当事者が必ず結果に「納得する」保証はどこにもない。ただ、かかる条件を前提にすることが、制度として用意できる最大限の対応であろう。

人事訴訟事件を家庭裁判所で処理できることを目指すものであり、紛争当事者が裁判所をより一層利用しやすくするものと期待された。そして、この改正は、「新たな人事訴訟手続の構築が図られているのである。また、この新たな人事訴訟手続の構築こそが今回の人訴訟改正の目的である」⁶とも言われ、新たな期待をもって検討されたのである⁷。

人事訴訟法は2004年4月1日より施行されることになったが、家事調停との関わりでは、人事訴訟事件の中でも離婚事件が数も多く重要と思われるので、本稿では、夫婦関係調整事件に焦点を当てて論じてゆくことにする。論点として、第一は、人事訴訟法改正が調停の基本原理に、第二は、人事訴訟法改正が調停の進め方など実務に、さらに、第三は、人事訴訟法改正が調停委員の役割や位置づけに、それぞれどのような影響を与えるかを挙げておきたい。こうした論点を検討するに当たって、まず、以下のよ

2. 1 国民に開かれた司法

人事訴訟手続法改正要綱にも触れられているが、離婚事件の処理を利用者である当事者の立場に立って、より一層利用しやすくするという国民に開かれた司法という考え方がある。

法理論から見ると、離婚調停と離婚訴訟がそれぞれ家庭裁判所と地方裁判所で扱われるというのは、おかしなことではない。家庭裁判所における紛争処理手続の特殊性を強調すればするほど、離婚事件処理の管轄が家庭裁判所と地方裁判所に分かれることになろう。しかし、離婚事件を処理する手続が誰を名宛人に行っているかという視点から考えると、利用者である

6 徳田和幸(2002年)「人事訴訟手続法改正の意味と目的」ジュリスト1230号33頁。

7 家庭裁判所が人訴事件の管轄権をもつことへの反対についてここでは触れない。

当事者にとって、いかに利用しやすいかが重要となる。したがって、離婚調停から離婚訴訟までを同じ裁判所で処理することは、当事者の権利義務が公正に保障される限り、当事者にとって好ましい⁸。言い換えれば、国民が利用するために司法機関があると考えられるので、離婚調停と離婚訴訟が家庭裁判所で処理されることは（一本化という視点からは地方裁判所で処理されてもいいのだが、家庭裁判所にすでに備わった調査官制度や医務室制度その他の家族紛争処理のための特別な支援体制の活用を考えると、家庭裁判所への一本化は当事者にとっては便利である）、当事者の利益になり、国民にとって利用しやすい司法制度の現れと言える。

2. 2 当事者の自己決定の重視

紛争を処理する手続には、訴訟のような他律的なものと当事者の協議による処理のような自律的なものがある。すでに触れたように、当事者が納得して紛争に終止符を打つことが好ましいとすると、自律的な紛争処理手続の活用に重きがおかれることになろう。そして自律的紛争処理の仕組みや過程では、当事者の主体性が尊重されなくてはならず、当事者がどこまで自己決定を認められているかが問われるのである。現行法の下での家事紛争処理手続は、自律的な離婚調停から他律的な離婚訴訟に分けることが出来る。

もっとも現行の離婚調停は、その沿革ならびに離婚調停手続の構造から考えると、100パーセント自律的紛争処理の手続であるとは言い難いが⁹、

8 なお、調停実務の経験からは、離婚調停は家庭裁判所で、離婚訴訟は地方裁判所でということに対する不満は当事者からあまりでていないという指摘もある（本間靖規他「人事訴訟の家庭裁判所移管に関するシンポジウム」判例タイムズ1143号42頁など）。

9 自律的紛争処理の定義にもよるが、自律性を重視すると「調停前置主義」などは「自律性」と相容れないと言えよう。

自律的性質あるいは自己決定を尊重する要素を強く持っているものである。こうした自律的紛争処理の場合、当事者が紛争処理手続の結果を可能な限り納得して受け入れるために必要なのは、できる限り関連する情報を得た上で、自己決定することである。あるいは、できる限り関連する情報を自分で管理して決断をすることである。したがって、自律的紛争処理が成果を上げるためには、自己決定が可能なかぎり保障されること、自己に関する情報を可能な限り管理できることなど自己決定の要素が決定的に重要になるのである¹⁰。

2. 3 対立構造から協働構造へ

訴訟のような他律的紛争処理をめぐっても、従来の理解は変わりつつある。人訴事件の場合には、財産事件における処理原理とは若干異なり、家族関係が社会に大きな影響をもたらすこともあって¹¹、国家の後見的介入

10 稲田龍樹「調停前置主義と訴訟事件—新人事訴訟法の制定を契機として—」判例タイムズ1143号84頁は、「調停過程が有する」紛争を解決する力を「事案解明作用」としている。この概念は、今流行の言葉で言えば、紛争当事者（調停当事者）へ視点を移すと、調停には当事者が紛争を処理する力を「empower」することを意味するのだろうか。

11 家族をめぐる問題が、国家社会とどれほど密接に関係し、かつ影響を与えているかについては決して実証的に証明されているわけではない。選択的夫婦別姓論をめぐって、「氏」は「家族統合」のシンボルなので別氏制度には反対する論者が、「氏」の役割をどれだけ立証しているか不明であると同じように（「同氏原則」をとる日本法でも「同氏原則をとらない」諸外国でも、離婚という「家族の分解・再編」が生じている事実をどう説明するか）、家族が国家社会の基礎となっているという主張は、どれだけ実証性があるか疑問である。現代社会では、もはや国家それ自体が、家族へそれほどの「期待」をかけていないのではないかと思われる。年金制度における「個人」単位の傾向、老人介護における社会化傾向など、従来の家族に期待される役割の重要な部分に国家は期待していない証拠となろう。ただ、シンボルとしての家族の役割を重要視しているのではないだろうか。

(職権主義的介入)の領域が大きい。しかし、財産事件を処理する手続の原理とは異なると言いながらも、当事者が証拠を提出し、裁判官が判断を下すという当事者主義的構造は残されている。ただ、こうした当事者主義的構造を残す離婚訴訟でも、当事者は、対立して勝敗を争うのではなく、婚姻関係に関する紛争を決着したいという同一の目的をもち、相互に協力してよりよい結果(より悪くない結果)を目指していると考えられる¹²。離婚訴訟では、裁判官が裁決者として他律的に判断はするものの、その裁決をより適切にさせるためには、当事者の「協力」が期待されるのである。離婚訴訟という形をとりながらも、従来のような対立的な進め方ではなく、裁判所の積極的介入と当事者の積極的関与(例えば、夫婦財産をめぐる情報は積極的に開示しなくてはならず、もし、意図的に情報を隠して後日それが明らかになると、情報を秘匿した当事者は不利益を受ける)が期待されている英国の離婚訴訟手続に協力の思想を窺うことができる¹³。

2. 4 手続的保障の重視

価値観の多様化している現代社会では、何が法的正義であるかの判断や定義は容易でない。したがって、離婚調停でも離婚訴訟でも、紛争処理の結果が法的にみて「正しい」とされるためには、実体法的な「正しさ」だけでなく、結果が導き出される上での手続的な「正しさ」をこれまで以

12 野田愛子・安倍嘉人監修(2004年)『人事訴訟法概説』(日本加除出版 東京) 389~391頁で説明されている調停における「協調的契機」は、訴訟にもある程度当てはまると言える。

13 英国では、離婚訴訟にともなう財産分割において、当事者は情報の全面開示をしなくてはならない。当事者が、意図的に資産を「隠す」場合には、本来協力すべき手続きを妨げたとして不利に扱われることがある(Bond, T, Black, J & Bridge, J. (2004) *Family Law*, Oxford p.163 や Cretney, S. (2002) *Principles of Family Law 7th ed.* Sweet & Maxwell p.397)。

上に備える必要がある。すなわち、法的正義が実現されていると言うためには(という説得力を持つためには)、結果が実体的に正義にかなうだけでなく(これはなかなか証明し難い)、手続が公正に進められている点が強調されなくてはならないのである。

法的紛争一般に言えることだが、当事者は自分が正当であるという「確信」を持っているのであり、その「確信」に合致しない「正義」を正義と認めない傾向を見せる。そこで、正義とは何かという実体的な議論をしても、当事者を納得させるのは簡単ではない。したがって、実体的な説明以外に、当事者を納得させる必要がある。

例えば、離婚調停において、当事者の発言の場をきちんと確保することは手続的正義を実現するために不可欠である。調停委員は、同席調停であろうとなかろうと、当事者が見解を述べるために必要な時間の配分を、極端に言えば、1分単位で平等にするくらいの心づもりで離婚調停に臨んでいるはずである。また、一方に多くの時間を割いてしまった時には、他方にその理由の説明を欠かさない。こうした対応によって、調停委員は、当事者を平等に扱っており、主体である当事者の合意形成を助けるという姿勢を見せ、そして、当事者が、公平な扱いを受けたと感じながら自律的に結論を見いだすよう支援を行うのである。

また、当事者が合意を形成する過程では、当事者それぞれの情報を適切にやりとりする必要がある、情報を管理する地位¹⁴を、実質的にも形式的にも当事者に保障することが不可欠となる。当事者に自己の情報を管理する地位を保障する仕組みを提供することで、離婚手続において正義が実現されていると当事者が受けとめる可能性は高まるのである。

14 同席調停を主張する論者の論点の一つである。自分の知らない「情報」で何かを決めてしまうのは納得ゆかない、反対に、自分が知っている「情報」を前提にすれば、結論を受け入れるということになるろう。

3 人事訴訟手続法改正の理由

人事訴訟手続法改正の理由の一つは、「民事裁判を国民がより利用しやすいものとする等の観点から、家庭裁判所の機能の拡充による人事訴訟の充実及び迅速化を図るため、人事訴訟の第一審の管轄を地方裁判所から家庭裁判所に移管し、離婚訴訟における親権者の指定等について家庭裁判所調査官の専門的な調査を活用することができることとするとともに、人事訴訟の審理に当たり参与員の意見を聴くことができることとする等の措置を講ずる必要がある」¹⁵とされている。

具体的には、人事訴訟事件を扱う地方裁判所が人事訴訟事件を処理するのに十分な体制を持っていなかったことである。人間関係が複雑に絡み合う家族をめぐる紛争を処理するためには、司法の専門家だけでなく家族関係に関わる専門家との共同作業が必要な場合もあり、地方裁判所にはこうした専門家を備えていないことへの不満があった。人事訴訟手続法案を検討する過程でも、「家庭裁判所調査官による事実の調査の拡充等」として、「離婚の訴えにおける親権者の指定」「子の監護者の指定」「子の監護に関する処分」「財産の分与に関する処分」¹⁶を家庭裁判所調査官に命じることが議論され、結論として、離婚の訴えで現実には一番の論点となる、親権者指定や子の監護に関する処分、そして財産分与については、家族関係や子どもの福祉に配慮する必要があるので家庭裁判所調査官などの専門的資源を活用出来ることとなった¹⁷。

第二は、家族に関する紛争を処理する体制を整備している家庭裁判所と地方裁判所の関係が利用者にとって不便であると言われていた。調停と訴

15 提出理由 (http://www.clb.go.jp/bk_law/156/text/067.htm)。

16 別冊 NBL (2002年)「人事訴訟手続法の見直し等に関する要綱中間試案と解説」72号 (商事法務 東京) 4頁。

17 別冊 NBL 前掲20頁、法33条。「補充性」や「当事者権」との関係は問題として残る。

訟という事件の性質から言えば複雑な手続の存在は仕方がないが、法律の専門家ではない紛争当事者には、理解しにくい点があり、裁判所利用者の利便を図るべきであるとの指摘や、紛争を処理するコスト（経済的なものだけでなく時間的なコストや手間暇などを含む）からみて、これまでの対応を変更すべきであると指摘されていた。そこで、人事訴訟の管轄を家庭裁判所に移すことにより人事訴訟とこれに先立つ家事調停とが同一の裁判所で扱われることになり、「利用者である国民にとって現行制度よりも手続が極めて分かり易くなる」とされた¹⁸。

第三には、人事訴訟手続法の下では、人事訴訟に関して損害賠償の請求がなされた場合、手続が複雑である点も問題となっていた。離婚にともなう損害賠償の請求を例にとると、損害賠償の請求は、婚姻破綻の原因となった事実を基礎としているので、離婚訴訟と密接な関係をもっているとして、人事訴訟に併合して処理することが認められていた¹⁹。そこで、離婚の訴えの原因である事実によって生じた損害賠償の請求は、離婚訴訟と併合される限り、家庭裁判所で処理するべきであるとされた²⁰。

4 人事訴訟法改正による新しい紛争処理手続とその特色

4.1 人事訴訟法の特色

人事訴訟法第2条1項は、「この法律において『人事訴訟』とは、次に

18 別冊 NBL 前掲20頁。また、参与員制度の導入によって、参与員と裁判官のコミュニケーションを活性化させ、裁判官がより分かり易い裁判を行うとの指摘もあった（竹下守夫「家庭裁判所と国民の司法参加」家裁月報56巻4号28頁）。

19 最判昭和33年1月23日家月10巻1号11頁。

20 別冊 NLB 前掲21頁。

掲げる訴えその他の身分関係の形成又は存否の確認を目的とする訴え(「人事に関する訴え」という。)に係る訴訟をいう。1.婚姻の無効及び取消しの訴え、離婚の訴え、協議上の離婚の無効及び取消しの訴え並びに婚姻関係の存否の確認の訴え」と規定し、家庭裁判所が離婚訴訟事件の管轄権をもつようになった。それまで、離婚訴訟は地方裁判所に管轄権があり、離婚調停がまとまらなかった場合には、当事者は家庭裁判所でなく地方裁判所へ訴えを提起しなくてはならなかったが、改正によりその必要がなくなった。

次に、離婚事件ではしばしば問題となる離婚にともなう損害賠償の処理手続きも改正された。本来、婚姻関係の破綻を理由として提起された損害賠償は、地方裁判所に提起すべきものであった。従って、離婚調停は家庭裁判所で、離婚にともなう損害賠償は地方裁判所でという「変則的」な状況が出る可能性があったので、旧法下でも家庭裁判所で併合して処理出来るようになっていた²¹。一方、離婚調停の場で、損害賠償とおなじ性質の金銭的処理が「解決金」というような名称で処理されてはいた。しかし、こうした体制では「解決金」の名称を使わなくてはならないだけでなく、離婚にともなう財産的処理をめぐる複雑さをもたらしており、利用者が法的手続きを家庭裁判所と地方裁判所の双方で進めなくてはならないのかという不便や疑問に答える必要があった。そこで、改正法では、家庭裁判所は、夫婦関係の破綻が「人事訴訟に係る請求と当該請求の原因である事実によって生じた損害の賠償に関する請求とは、民事訴訟法第136条の規定にかかわらず、一の訴えであることができる」(第17条)とされ、離婚訴訟と夫婦関係の破綻が原因で生じた損害の賠償を家庭裁判所で裁判することができることが明らかにされた²²。

21 人事訴訟手続法7条、最判昭和33年1月23日家月10巻1号11頁。

22 なお、損害賠償請求を地方裁判所に出すことが否定されたわけではない。また、離婚訴訟提起の前後で損害賠償請求を家庭裁判所に行えるかが分かれ、また、移送の問題も生じる(片山登志子(2004年)「新人事訴訟法の概要」

さらに、第32条は、「裁判所は、申立てにより、夫婦の一方が他の一方に対して提起した婚姻の取消し又は離婚の訴えに係る請求を容認する判決において、子の監護者の指定その他子の監護に関する処分又は財産の分与に関する処分(以下「附帯処分」と総称する。)についての裁判をしなければならない」とし、第2項で裁判所は「当事者に対し、子の引渡し又は金銭の支払その他の財産上の給付その他の給付を命ずることができる」とされている。さらに、第3項では、離婚の請求を認容する判決において第2項を「親権者の指定についての裁判をする場合について準用」としている。

これまで、離婚訴訟において、財産分与(調停・審判事項)や親権者・監護者の指定、その他監護に関する処分の扱いについては、議論があった。人事訴訟手続法15条では、「子の監護をなすべき者其他子の監護に付き必要なる事項を定め又は当事者の一方をして他の一方に対し財産の分与を為さしむることを得」とされているが、改正法第32条の規定は、これまで判例で事実上認められ、実務の実態を条文で改めて明らかにした。

加えて、人事訴訟における和解の位置づけも大きく変わった。人事訴訟手続法のもとでは、離婚訴訟の過程で、当事者が離婚に関して和解に至ったとしても、ただちに離婚の効果が発生するわけではなかった²³。そこで、和解に則って、当事者のどちらかが協議離婚の届け出を出すという方法が採られていた。しかし、この方法では協議離婚との違いはなく、また、折角和解が成立した後で、当事者の一方が翻意をすると、離婚の手続は初めからやり直しという結果をもたらす可能性があった。そこで、離婚当事者の便益を図るために、人事訴訟法37条は、離婚訴訟中に和解が成立すると、離婚の効果が発生することを認めた。

自由と正義55巻8号18頁)。

23 戸籍実務では、協議離婚届を出さない限り離婚の効力を発生させないという扱いが取られていた(昭和35年12月28日民甲336号回答、昭和42年9月29日民甲265号7回答、昭和26年4月28日民甲902号回答)。

このように、改正法は、これまで人事訴訟手続法のもとで離婚事件をめぐる、いくつかの疑問や批判があった点を正して、紛争当事者にとって紛争処理手続きをいっそう進めやすくしたものとなっている。

4. 2 人訴法改正による対象となる事件をめぐる議論

既に触れたように、人事訴訟法では、離婚調停から離婚訴訟に移行する手続が利用者にとってより利用しやすいものとなっただけでなく法律の専門家でない当事者に分かり易い仕組みになったと言える。また、特定の事項については家庭裁判所調査官など専門家の関与が可能となるので²⁴、離婚訴訟では当事者にとってより適切な結論が実現される可能性が高くなった。しかし、こうした動きに対しては、従来通り当事者の主張立証に基づき判断する当事者主義を維持するべきであり人事訴訟を家庭裁判所に移管する「合理性」はないという見解もあったことも見過ごすわけにはゆかない²⁵。

5 新しい家庭裁判所と家事調停の位置づけ

人事訴訟手続法改正の論議において、調停前置主義をそのままにするかどうかについて、離婚調停と離婚訴訟の手続を連続的に位置づけるかどうかについて、言い換えると、人に関する論点（同じ裁判官などが関与できるか）と物に関する論点（離婚調停で用いた資料を離婚訴訟で使えるか）

24 ただし、すべての事件にかかわることが出来るのではないところに、今回の改正の限界があるともいえる。

25 全司法労働組合「人事訴訟等事件の家庭裁判所への移管について—司法制度改革に向けた全司法の『政策と要求』補足一」2頁（2002年2月10日）<http://www.zenshiho.net/20020210zinsokakutei.pdf>.

をめぐり議論が分かれた。

5. 1 人事訴訟法と調停前置主義

家事審判法18条による調停前置主義²⁶をめぐっても議論があったが²⁷、家庭の平和と健全な親族共同生活の維持を図るという家事審判法の理念からみて、家族をめぐり紛争は公開の法廷でいきなり処理するのは好ましくないこと、当事者の互譲による円満かつ自主的な解決が望ましいとされ、現行の調停前置主義を変更して、家庭裁判所において離婚調停か離婚訴訟かを当事者が選択することはできず、まず、離婚調停で紛争を処理することになった²⁸。従って、離婚を求める当事者は、まず家庭裁判所に離婚調停を求める必要があるが、離婚調停が不調に終わった場合には、直ちに離婚訴訟に移行するのではなく、離婚の訴えを提起するかどうかは当事者の判断に委ねられる²⁹。

しかし、このような二段構えの手続には問題があると思われる。現行法の下では、協議離婚の手続があって、多くの当事者は裁判所外で離婚をめぐり自主的な紛争処理を経ている。しかし、当事者の協議では紛争を解決することが出来ないから司法に支援を求めるのであり、家庭裁判所で離婚調停という話し合いを通して処理できる事例もあると同時に、すでに家庭裁判所での協議はほとんど期待できないほどに関係が悪化している当事者もいる。さらに、「早く裁判官に決着を付けてもらいたい」と他律的処理

26 「調停前置主義」「調停前置」をめぐり理解については、稲田龍樹「調停前置主義と訴訟事件—新人事訴訟法の制定を契機として—」判例タイムズ1143号69頁以下に詳しい。

27 疑問とする見解は、法制審議会民事・人事訴訟法部会人事訴訟法分科会会議事録(以下、法制審議会)10月5日<<http://www.moj.go.jp/SHINGI/>>14頁。

28 別冊 NBL 前掲25頁。

29 別冊 NBL 前掲26頁。

を期待する当事者もいると思われる。家庭裁判所が、国民の利用の便利さを考えると、家庭裁判所で離婚訴訟ができる仕組みを作りながら調停前置主義を残しているのは、国民のニーズに必ずしも合っているとは思えない。

とくに、人事訴訟法では、離婚訴訟における和解が可能となっており、当事者がいったん提訴をしても事情によって付調停や和解による処理が用意されているなら、調停前置主義をとる必要はないと思われる³⁰。現実には、離婚訴訟が和解に終わる事例が多いようであり、当事者に、調停、訴訟そして和解という道筋をたどらせるよりは、訴訟そして和解というやり方のほうが効率的であろう。

もっとも、訴訟に対する当事者のイメージは、当事者の関係をいっそう悪化させる、時間がかかり費用がかかるというものであり、出来るだけ避けたいというものであろう³¹。また、一方では、暴力絡みで調停など期待できないとか³²、面子にこだわって判決で決めたい（こうした当事者の意向も無意味とって直ちに否定することも出来ないだろう）というような事例もあると思われる。

現在、家庭裁判所にやってくる当事者の多くは、家庭裁判所に関する情報がある程度有しており、また、訴訟に関する情報ももっていることが多い。したがって、調停前置主義によって、家庭裁判所における当事者の自律的紛争処理を期待するにしても、自律的に訴訟を望む者を阻む必要はないと思われる。また、当事者が訴訟を提起する行為を国家が後見の見地から制約するという仕組みは、協議離婚手続を併存させ、破綻主義を認めている実情との関係では整合性を欠くと言えよう。言い換えると、協議離婚

30 「調停前置主義」「調停前置」の理解については稲田論文前掲参照。

31 本間靖規他「人事訴訟の家庭裁判所移管に関するシンポジウム」判例タイムズ前掲41頁参照。

32 夫婦間暴力事件の場合には、家審法18条2項の解釈によって、事実上、調停に付す必要はないという見解もある（座談会「人事訴訟法案要綱案について」家裁月報55巻5号23～24頁）。

においては、夫婦の財産関係や子どもの処遇は当事者の自由に委ねられており、こうした離婚「野放し」状態によって当事者に離婚後の様々な問題が生じていると指摘されているにもかかわらず、その一方で、裁判所での離婚手続に対しては後見的論理で臨むというのは、司法制度として一貫性を欠くと思われる。立法論になるが、家庭裁判所では離婚調停と離婚訴訟のどちらかを選択することができるという情報を、正確かつ十分提供することにより、当事者がそれを選べばいいのではなからうか³³。

5. 2 調停の役割と調停への期待

人事訴訟法の制定をめぐる議論の中で、離婚調停を離婚訴訟前の論点整理の場として期待する声は小さくない。例えば、「人間の感情的対立の調整はもちろんのこと、どのような内容の請求が問題となるかを整理することに調停の意味がある」³⁴という調停の位置づけなどは、離婚調停と離婚訴訟との間の連続性を強く意識した上で、離婚調停に何が期待されているか明らかである³⁵。そして「訴訟に行くまでの間にいろいろな気持ちの整理とか、あるいは争点の整理とか、そういうものをきちっとして、その中で話がうまく成立していけばそれに越したことはないのだけれども、仮に成立しないとしても、そこでいろいろ整理をしていけば訴訟のほうにもうまくつながっていくのではないかと」³⁶という見解も見られる。そして、

33 このように選択を必要とする場合、弁護士など法律家が当事者に有益な助言やサポートをすることによって、適切かつ効率のいい紛争処理が可能となる。

34 佐上善和(2002年)「人事訴訟事件等の家庭裁判所への移管と手続構想」民訴雑誌48巻18頁。

35 「前置されている調停段階で離婚紛争の焦点がどこにあるかということを整理し、それに合わせた形で、そのあとの手続の進め方を選択できるようにして」との見解もある(高田昌宏:ミニ・シンポジウム(2001年)「人事訴訟・家事審判の手続的諸問題」民訴雑誌47巻162頁)。

36 座談会(2002年)「家事調停と人訴移管」ケース研究272号96頁。

「同じ家庭裁判所の中で処理していく、訴訟の目の前で調停を行うということになってくれば、前訴訟的という意味でも調停をもっと活用するということになる」³⁷と言われるのである。とりわけ、離婚調停から離婚訴訟へというプロセスが前提となる以上、人事訴訟前の離婚調停プロセスを無駄にするべきではないという視点から、「不成立になる段階で、ある程度、『ここまで合意できたが、この点がこういうことで合意できなかった』、あるいは『この資料は当事者双方の共通の資料なのですよ』ということを確認するような、何らかの工夫をしたほうが」よく、調停が「いよいよ不成立だという場合に、少しでも役立つことを考えてほしい」³⁸と指摘されている。

しかし他方では、当事者が常に後に控えている離婚訴訟だけを念頭において離婚調停に臨むことになり、「調停が通過儀礼」³⁹となる危険が否定できない、「調停を人訴の準備段階といえますか、あるいは争点整理として利用すると、当事者が自分の意思で何とか問題を解決しようということからますます遠ざかって、それこそコインを入れたら何か出てくるという具合に、『裁判所が決めてください』という方向へ流れてしまうのではないか」⁴⁰との危惧や「当事者の方々にも、調停のあり方には十分ご理解あるいは配慮していただきたいということです。過度に訴訟の前倒しである

37 座談会「調停制度の現状と課題—調停制度創設80周年を迎えて—」家裁月報54巻9号1頁。

38 研究会「人事訴訟法の基本構造」ジュリスト1259号17頁。木内道祥子（2004年）「人事訴訟と家庭裁判所の今後」自由と正義55巻8号40頁。

39 座談会「調停制度の現状と課題—調停制度創設80周年を迎えて—」家月54巻9号46頁。家庭裁判所で処理できる離婚調停と離婚訴訟を「一元説的に強くなればなるほど調停とうものは訴訟の準備段階ということになってしまうだろう。ひ（ママ）いいて言えば、調停の段階における当事者の対応というものも訴訟を意識した対応になってまいりますから、おのずとそのしゃべる内容も限られてくる」などの発言がある（法制審議会前掲10月5日：14頁）。

40 座談会「調停制度の現状と課題—調停制度創設80周年を迎えて—」家裁月報54巻9号39頁。

ことを意識して、調停の良さがなくなったり、訴訟までの通過点だから早く調停を打ち切りたい」⁴¹などとせず調停の特徴を活かすべきとの見解もある。

現在の離婚調停手続に置いて調停委員会が重視するのは、「家事調停のプロセスにおいて、価値観が違うと言って拒絶する人たちをも巻き込んでいける程度に、紛争に対する分析を一層深くすることによって、あまり整理されていなかった紛争の真のポイントはどこかということについて、共通の理解を深めていく作業が必要」⁴²であるとされている。つまり、ここでの「真のポイント」は、法的争点も含まれるだろうし人間関係的な争点やその他の社会関係に関わる争点など多様なものとなるだろう。離婚調停では、まさに、そうした全ポイントを射程に入れて、当事者に理解を深めるよう促す作業が進められるのである。他方、離婚訴訟は、後見的な配慮があるとは言っても、最終的には第三者である裁判官が、法的に公平な見地から裁決する他律的性質を強く帯びているのであり、調停で目指されるものと性質は異なると言ってよい⁴³。したがって、離婚調停と離婚訴訟は性質が異なるものとして、截然と分けて位置づける必要はこれまでと変わらないはずである。

そこで、調停において訴訟との関係を当事者へ明確に情報提供する必要が出てくる。

41 研究会「人事訴訟法の基本構造」ジュリスト1259号113頁。

42 座談会「調停制度の現状と課題—調停制度創設80周年を迎えて—」家裁月報54巻9号24頁。

43 人事訴訟法では離婚訴訟において調査官に事実の調査を命じることが出来るようになったが(33条、34条)、離婚調停における調査が紛争全体を解決するという観点からなされるのに対して、離婚訴訟における調査は限定および補充的性質をもっているとの見解は、調停と訴訟の違いを別の観点から指摘したものである(石田敏明「人事訴訟法と家事調停」ケース研究279号20頁、野田愛子・安倍嘉人監修(2004年)『人事訴訟法概説』前掲228頁以下参照)。

第一には、離婚調停と離婚訴訟は⁴⁴、家庭裁判所でともに行うことができるけれども、その性質が全く異なることを当事者に理解させる必要がある。旧法のもとでは、離婚訴訟が地方裁判所で行われるので、その説明は難しくない。つまり、離婚調停は家庭裁判所で行う手続で、離婚訴訟は地方裁判所で行う全く別の手続であると言えば当事者に理解してもらえたであろう。しかし、家庭裁判所で離婚調停も離婚訴訟も行えるとすると、当事者にとってみれば便利であることは疑いないが、離婚調停の「延長」が離婚訴訟なのだとの誤解を招く危険は大きい。そこで、離婚調停が始まるに当たって、離婚調停と離婚訴訟の目的、性質、進め方などの違いを明確に当事者に理解させる必要が出てくるのである。当事者の自己決定が重視されるようになれば、なおさらのこと、事前に調停と訴訟に係る情報をインフォームドしておかなくてはならない。

離婚調停を含む調停の意義として「法律家でない人たちが参加した手続で、その人たちの事件の理解、あるいは結局その人たちの理解、つまり調停委員の人たちの理解できないことは、当事者はもっと理解できないので、家庭に関する紛争を当事者たちが得心しないで裁断しても、本当の紛争のエネルギーは消えないわけでありますから、そのところを法律家の効率性と結論の見通しというものと離れて、当事者が受け止めている紛争を紛争として受け止めてあげて消していく」「私は調停というものに独立した価値を認めるならば、法律家でない人の視点で紛争をある程度整理していく、これを大切にしていきたいと思っております」⁴⁵という調停の特質を絡めた指摘もあり、離婚訴訟が家庭裁判所で扱われる新たな制度のもとでは、調停の特質や役割をこれまで以上に当事者へ明らかにすべきと思われる。

44 調停と訴訟の関係と調停と審判の関係には類似の点もあるが、ここでは審判に関しては触れない。

45 法制審議会前掲10月5日：15頁。

さらに、離婚調停が成立しなかった場合に、離婚訴訟に移行する手続についても調停時に明確にしなければならない。当事者の中には、離婚訴訟という萎縮してしまい、離婚調停で何が何でも合意をしなくては行けないと感じる者がいるかも知れない。したがって、離婚調停が成立しなくても、自動的に離婚訴訟に移行するのではなく、当事者の判断による仕組みになっていることを確認する必要がある。つまり「調停が不成立となり訴訟を行うときに、どのような問題に直面しなければならないかということ、少し丁寧に説明しなければいけない」⁴⁶のである。

新法のもとでは、家庭裁判所で離婚調停も離婚訴訟も行えるので、その連続性という長所の活用が期待されている。後に触れるように離婚調停での資料の扱いをめぐる論議があるが、離婚調停が不成立になった場合、調停を通して当事者が相互に認識した事項や、合意可能な点と合意に至らなかった点は何なのかを整理しておく、後に離婚訴訟が提起された場合、当事者にとって便利ではないかとの指摘がある⁴⁷。もちろん当事者双方の意思を確認した上での作業となるだろうし、当事者の自由の確保や離婚調停を訴訟の前哨戦にしないための工夫や努力が求められると思われる⁴⁸。

46 座談会「調停制度の現状と課題—調停制度創設80周年を迎えて—」家裁月報54巻9号47頁。「調停の場でも、訴訟では何が問題となってどうなるかということの説明を行うことが、調停・訴訟のいずれも管轄として家庭裁判所の責務であろう」と言われる(木内道洋「人事訴訟の家庭裁判所移管を生かすための審理改善」家裁月報56巻4号96頁)。

47 岡健太郎(2004年)「家庭裁判所における人事訴訟法の運用について」法律のひろば57巻2号25~26頁。

48 「調停不成立にあたっての対立点の整理ができる事案が存在することも事実である。その場合、なんらかの形で、当事者の承諾を得て、調停終了段階の対立点の整理を訴訟に引き継ぐ工夫が考えられないであろうか」「合意が成立しないため不成立とするという調書ないし不成立証明書を作成」するなどの指摘もある(木内道祥(2004年)「家庭裁判所に移管される人事訴訟の課題」法律のひろば57巻33頁)。三木浩一は、調停で自由闊達な意見が述べられなくなる危惧を示し、争点整理を目的とする調停は本末転倒であるとした上で、「家事

5. 3 裁判官は同一事件の調停と訴訟を担当できるか⁴⁹

離婚事件が同一の家庭裁判所で扱えるようになると、離婚調停を担当した裁判官が、離婚調停不成立のあとに提起された離婚訴訟を担当することが許されるかが問題となる。人事訴訟手続法改正作業の過程で、問題がないとする見解とそのような事件処理を疑問とする見解が見られ、そこに手続の公正さをめぐる見解の相違をみることが出来る。

5. 3. 1 問題がないという見解は次のような理由を挙げている。第一には、離婚調停と離婚訴訟では、その手続上の性質が異なるので、離婚調停に関わった裁判官でも離婚訴訟に関与することは問題がない⁵⁰、第二には、裁判官は予断と偏見を持たないように訓練を受けた専門家であり、こうした処理をしても当事者には不利益が生じない⁵¹、第三には、同一の裁判官による関与は、事件に関する情報をすでに得た裁判官が対応す

調停の意義や機能を損なうことのないような範囲と形態において、事後の紛争解決に利用できる情報提供の手段」は何かという視点で検討するべきと言う（「人事訴訟手続に関する最近の立法をめぐる諸問題」家裁月報56巻8号7頁）。

49 調停で事実調査を担当した家庭裁判所調査官が訴訟でもまた調査を担当できるのかという論点についてはここでは触れない（本間靖規他「人事訴訟の家庭裁判所移管に関するシンポジウム」判例タイムズ前掲49頁および52頁）。

50 現在調停と乙類審判の実情から見ても、同一裁判官が担当することには問題がないという見解がある（西岡清一郎：ミニ・シンポジウム（2001年）「人事訴訟・家事審判の手続的諸問題」前掲130頁）。

51 民事訴訟の弁論兼和解について同様の議論があり、職業裁判官は心証の分離が出来ているとの決着がついているとされる（座談会「人事訴訟案要綱案について」家裁月報55巻5号29頁）。「調停と審判・判決は原則として手続的に別個とするのが望ましい」し「調停記録は裁判手続に現れることはなく、従って当然ながら調停記録が事実認定の基礎となることはない」としながらも「裁判官が同一であることは、望ましくはないが、禁じる必要もないだろう」（岡部喜代子（2002年）「人事訴訟事件等の家庭裁判所移管について」判例タイムズ1095号76頁）。

るので、当事者にとって不利益よりも訴訟進行の上での利益がある⁵²、第四には、もし裁判官が不当な対応をするおそれがある場合には、忌避の制度が用意されている、第五には、現在の家庭裁判所の人的状況では、離婚調停と離婚訴訟を別々の裁判官が担当する余裕がない⁵³、などである。

また、離婚調停に関与した裁判官が離婚訴訟に関与する仕組みを認めると、「証拠調べと説得・調整の局面が一体化して心証形成の過程が曖昧になる危険があること、記録上心証に見合った証拠が明確にされないこと」「反対主張を保障」しにくくなることなどという批判に対して、その批判の重要性を認めつつ同席調停を採用するとか、調停調書の明確化や調査官記録の公開などを行うことで、対応できるとされている⁵⁴。

これらの見解は、同一の裁判官が離婚調停と離婚訴訟を担当しても、法的正義から見ても問題を生じさせないし、家庭裁判所の現状を考えると当事者に対して紛争処理の負担を軽くすることができるだけでなく取り立てて不利益や法的保護に薄いことにはならないと言うのである。

52 「最終的に訴訟を担当する裁判官が調停を主宰するほうが調停の紛争解決力が高まるとの考えもありうるし、担当者が変わるごとに説明を繰り返さなければならぬことによる当事者の負担についても配慮する余地はあろう」(西岡清一郎(2002年)「最近の地方裁判所における離婚訴訟の実情と家庭裁判所への移管について—21世紀の新しい離婚訴訟手続の実現に向けて」判例タイムズ1031号10頁)。

53 調停委員(担当裁判官も同じ)と当事者の「秘密交通権」を念頭に置くと、双方が「秘密交通権」を使わず全情報を共有するのであれば、離婚調停の裁判官が離婚訴訟の裁判官になっても「それほどの障害はないのではないか」としつつ「秘密交通権を認めて、資料の共有化と調停段階の情報の共有化がないものとしみます」と「口頭弁論に上程されていない事情が判決に影響を及ぼすのではないかという危惧というのは出てくる」が「マンパワーの問題はどうするかと言われたら、私には何とも答えようがない」と歯切れの悪い見解もある(法制審議会前掲10月5日:18頁)。

54 佐上前掲21頁。

5. 3. 2 一方、疑問ありとする理由には、第一に、離婚調停と離婚訴訟が質的に異なるから裁判官の役割には違いがあり、同一裁判官が同一事件で異なった役割を果たすのは無理がある、第二に、人事訴訟事件が通常の民訴とは異なり職権主義的な側面をもち、100パーセントの当事者主義的性質をもっているわけではないとしても、裁判官が離婚調停で知り得た情報を離婚訴訟でも使う可能性があるとする、それは、当事者にとって「裏切りに」なる危険があり、公正な手続とは言えない、第三に、離婚訴訟を担当する可能性のある裁判官が離婚調停に出てきた場合、当事者は、離婚調停の後を想定して離婚訴訟を念頭に置きながら情報を出したり引っ込めたりすることになり、離婚調停の目的を達成できない危険がある、第四に、裁判官は実体的には公平であろうと努力をして、また、多くの場合に公平であると思われるが（直接利害関係がないから基本的には中立公平を保つことができる）、離婚調停であっても離婚訴訟であっても、家庭裁判所という司法機関で行われる手続は「公正らしい外観を整える」必要があり、同一事件で同一の裁判官が離婚調停も離婚訴訟も担当することになると、「公正らしさ」は著しく後退する、などが挙げられる。

とりわけ、「秘密交通権」との関係では、調停に関与したとしても職業裁判官は訴訟の資料以外の情報には影響を受けない専門家としての能力を有しているという見方への疑問があり、影響を受けないことなど「できないだろうというか、若しくはそういうことを知らず知らずに使ってしまったのではないだろうかという疑念の問題」⁵⁵があるとされる。確かに、裁判官は、専門的訓練を受けた上で、専門家としての経験に基づいて職務に当たるから、公正中立の維持に努力をすることは疑いないとしても（実体的な公正の実現）、適正手続の視点に立てば、裁判官が予断と偏見を持たない仕組みあるいは外観が不可欠である。そこで、「家

55 法制審議会前掲10月5日：18頁。

事調停に家事審判官として関与した裁判官による審理の拒否権を、当事者に与えるべきである」⁵⁶という指摘や「先行する調停に関与した裁判官は、原則としてその後の訴訟に関与できないものとするべきである」⁵⁷という主張が出てくる。

5. 3. 3 このほかに、実務経験に基づき、家庭裁判所の人的構成などの現実を踏まえて、調停と訴訟の連続性に疑問を示しながらも、同一の裁判官が調停と訴訟を担当して構わないとする見解もある。現行の仕組みのもとでは人事訴訟が「基本的には訴訟構造とするものである以上、調停と訴訟とは非連続を基本とすることになることは当然である」が、「家事調停と人事訴訟とを同一の裁判官が担当することを必ずしも排除するものではないと解され」⁵⁸、そして、調停の任意性を確保するためには、同一の裁判官が「両者を担当することを前提として、両者における証拠の意識的切断を図ることを意図した」最小限度の配慮がなされていると言われる⁵⁹。

そして、家庭裁判所における調停の機能である人間関係調整機能と司

56 日本司法書士連合会裁判事務推進委員会(2002年)「[人事訴訟手続法の見直し等に関する要綱中間試案]に対する意見」<<http://www.shiho-shoshi.or.jp/iken/2002/iken/140920.htm>> 2頁。拒否権を与えるという方法が、同一の裁判官に関与してもらいたいという者と関与を拒否したいという者の双方の立場を尊重する対応であろう。

57 日本弁護士連合会(2001年3月16日)「家事事件の家庭裁判所への移管に関する意見書」<<http://www.nichibenren.or.jp/jp/katsudo/sytyou/iken/01/2001>> 2頁。

58 なお、梶村の議論では「人訴担当裁判官を調停担当裁判官とは(事務分配上)別人とすることができる余地を残しておく」(梶村太市(2002年)「人訴家庭裁判所移管積極論と消極論の比較検討」青山善充他編『現代社会における民事手続法の展開(上)』(商事法務 東京(47頁))とも言われる。

59 梶村前掲40頁。

法的機能⁶⁰とを念頭におくと、同一裁判官が調停と訴訟を担当するほうが「調停の人間関係機能と司法的機能の双方ともに強化することができる」⁶¹とされる。また、両者を同一の裁判官が担当してこそ「調停及び訴訟の紛争解決機能（司法的機能）が高まり、当事者の負担軽減と手続経済に寄与する」のであり、当事者もこうした「運用を強く望んでいることも間違いのないと思われる」⁶²と解されている。

5. 3. 4 このように同一事案をめぐって同一の裁判官が調停も訴訟も受け持つことができるかについて見解が分かれているのは、紛争処理における手続的正義をどのように担保するかという見方の違いによるものと思われる。

第一に、手続的正義を考えるに当たって重要なのは、裁判官が法廷外で出された資料や情報に実際影響を受けるかどうかという事実ではなく、そうした可能性を予防する仕組みをどう用意するかということである。調停と訴訟の関係で言えば、別々の裁判官に担当させる仕組みにしておけば、裁判官が事前に当該事件に関して予断を持っていることにはなら

60 人間関係調整機能とは、①「心理的調整」という当事者が理性的な話し合いができるようにするための調整、②「社会的調整」は社会的な情報を提供することにより「社会適応的な状態で自己決定」ができるようにする援助、③「経験的調整」とは、常識的な視点から一般情報を提供して当事者が「経験適応的な状態で自己決定ができるようにする援助」、④「法的利害調整」とは、法的視点から正確な情報を提供して当事者が「規範的な見地からみて正当な自己決定ができるように援助」であり、司法的機能とは、①「規範性の保障」として合意の内容が適法であるよう「後見的に援助」すること、②「公平性の保障」は、司法に関する情報を提供することで「当事者双方が公平に情報が与えられ、公平感をもつなかで正当な自己決定ができるよう援助」、③「任意性の保障」は、錯誤や強迫あるいは強制されたという不満がでないように「調停機関が援助し配慮するということ」である（梶村前掲44頁）。

61 梶村前掲44頁。

62 梶村前掲40～41頁。

ない。このような制度設計をしておけば、当事者が調停と訴訟を通して裁判官の公正さについて疑念を抱く余地はないはずである。

第二に、裁判官と当事者との「秘密交通権」は当事者の裁判に対する信頼と関係するので尊重されなくてはならない。離婚訴訟前の離婚調停で「非常に言いにくいことも言ってきたのだという思いを調停段階に持ってきて、それは、どうも訴訟では言いたくないと思っている人が負けた場合にどういうふうにするか」⁶³と考えると、同一の裁判官が離婚調停と離婚訴訟を受け持たないほうがよい。こうした認識に対しては「事実上のこと」ではあるが「調停に関与した裁判官というのですけれども、これは不成立の場合ですし、実際には余り関与していません。調停委員がなされているわけで、だからまず実質的にそういう問題はない場合が多いかなという気がします」とか「当事者はそれを聞いてくれた裁判官に判決してもらいたいと思うのが普通ではなかという気もするわけです。それを聞いていない別の裁判官にやられるのは不満だと」⁶⁴という反論も出されている。

しかし、こうした見解は二重の意味で問題がある。すなわち、裁判官が離婚調停に余り関与していないということは、本来、家庭裁判所は口が裂けても言えないはずである。調停委員会の構成は家事審判法に規定されているのであり、裁判官が関与しないのは裁判官の数が不足している現実を反映しているに過ぎない。家庭裁判所は当事者から費用を徴収している以上（現行の納入額が適切かどうかの議論は脇に置いておく）、利用者である当事者に対しては、本来、裁判官不足を言い訳にすることは出来ない。また、離婚調停に実際関与しないということを前提に、離婚調停と離婚訴訟の関係の制度設計をするのであれば、別の議論の仕方があろう。離婚調停には裁判官は関与しない、したがって、離婚訴訟で

63 法制審議会前掲10月5日：19頁。

64 法制審議会前掲10月5日：19頁。

は裁判官が関与してよいという仕組みを作るべきであって、離婚調停と離婚訴訟での同一裁判官の担当の是非が問われることとは異なる議論をすることになろう。

さらに、事実上、離婚調停に裁判官が同席しないということは、離婚事件に関する情報を裁判官がもっていないことにはならない。調停委員が作成する調停期日経過表によって、離婚調停を担当する裁判官は理論的には事件を把握しており、かつ、現実にはそうした資料で裁判官は事件を理解し調停委員へ指示を出すことが出来るのである。

また、当事者は調停で話を聞いてくれた裁判官に判決をしてもらいたいのではないかという指摘に関しては、「そういう者もいるかも知れない」としか言いようがなく、そうでない者もいる可能性は否定できない。

離婚調停は、当事者の合意によってのみ成立するものであり、当事者は合意することも可能だし、合意を拒否することも可能であるという前提で手続が進行し、訴訟とは異なって第三者の判断を強制されるという仕組みにはなっていない。当事者は、だからこそ自己に関する情報を自律的に調停委員会へ提供するのである⁶⁵。離婚訴訟のように、裁判官の判断を強制される可能性があるなら、たとえそれが公正な裁判官であったとしても、当事者は情報を慎重に選択しながら提供するであろう。こうした自己の利害に敏感な当事者の研ぎ澄まされた心の動きを無視するわけにはいかない以上、情報をめぐる「秘密交通権」の保障には十分な配慮をしなくてはならない。とりわけ、現代社会では、当事者の権利意識が向上しており、「調停委員会が情報を独占することなく、当事者が判断し、決断するだけの材料、情報というものは常に提供した上での調停、合意の成立でないといけない」、「それでないと、当事者は無理な

65 理論的にはこのように説明する他ない。しかし、それでも調停の現場の経験からは、当事者がどこまで情報を提供しているのか疑問に思うことがしばしばあろう。調停委員が「事実」を当事者から引き出す限界でもある。

譲歩を迫る調停案を押し付けるという印象を持ち、納得しない」⁶⁶との指摘に見られるように、調停においては当事者が調停の進行や結果に対して納得するための情報の確保ならびにその確保の方法が重要になるのである。

第三に、調停における「事実」と対審構造および当事者権の保障を通して出てくる「事実」との違いがあるのではないかとの理解の上で、「調停の段階での当事者の発言や調停の経過等については、原則として訴訟段階における審理の対象としないとか、両者の意識的区別のため別箇の裁判官が担当しなければならないとしてその非連続性を保証するとか、規定の上でも運用の上でも留意と工夫」⁶⁷をする必要があるとの指摘を受けて、「調停手続での審理と申しますか、調停の進行と訴訟における審理の進行とはきちんと違うということを徹底すれば……外見的な公平性についての理解も得られる」とか「制度をきちんと分ければ分けるだけ、その客観的な公平性についての信頼が高まるという関係になる」ので、「最終的に裁判官が同じであれば除斥になると。そういうところまですることはない」⁶⁸という見解がある。しかし、審理の進行をいかに区別したとしても、訴訟を指揮する個々の裁判官の心の中の客観性など外部からは窺うことが出来ないから、「客観的な公平性」の確保(信頼)のためには、異なる裁判官によって手続が進行するという手続的正義の観点が必要なのではなかろうか。

第四に、離婚調停を担当した裁判官が離婚訴訟を引き続き扱うことは、離婚訴訟を円滑に進めることに寄与し、当事者もそうした運用を強く望んでいる実態はあるかも知れない。確かに、当事者にとっても裁判所にとっても紛争処理に費やす時間は少ない方が好ましいことは言うまでも

66 座談会「家庭裁判所の50年と今後」家裁月報51巻1号58頁。

67 唄孝一：ミニ・シンポジウム(2001年)「人事訴訟・家事審判の手続的諸問題」前掲182頁。

68 法制審議会前掲10月5日：20頁。

ない。ただ、これも根拠は実務感覚であり、事象の一つの側面に過ぎないのではなかろうか。当事者が裁判所に望むのは、確かに負担軽減や迅速な紛争処理と同時に、正義にかないかつ納得ゆく司法的解決であり、前者だけを期待するのではない。揚げ足とりになるが、「強く望んでいる」場合もあるだろうし、そうでないこともある。

第五に、同一裁判官が担当するほうが「調停の人間関係機能と司法的機能の双方ともに強化することができる」とされるが、調停に期待された機能からの必然的な結論にはならない。確かに、調停でじっくりとやっても仕方のない事件があり、それは、速やかに訴訟に移行したほうが、当事者にとっても裁判所にとっても経済的であり好ましいことがある。ただ、そのことと裁判官が同一人である必然性はない。調停における人間関係調整機能は、家事調停委員だけが担うのではなく裁判官も調停委員会を構成する者として担うのであり（制度の上ではそうになっているし、現実にも裁判官がその役割を果たすことがある）、裁判官の場合には、それに加えて司法的観点からも調停に臨むことが期待されている。そこに、非法律家である調停委員と裁判官とが調停を進めること現行調停制度の特色がある⁶⁹。難しい調停を担当した裁判官が、訴訟では他の裁判官に仕事を回さず自分で手がけた調停なので訴訟でも自分が責任をもって行うというのは一つの見識ではあるが、すでに指摘したように同一裁判官が調停と訴訟を担当することに対する危惧は消えない。まさに、そうした同一の裁判官が、調停を引きずりながら裁判を行うことが問題な

69 家事調停の役割をめぐる論議で、民間機関が行うものでもなく、カウンセラーが担当するわけでもない日本の家事調停は「重装備」であり「調停は裁判ではないとする一方、調停主催者の調停案（解決案）によって示される「判断」を重視するもの」（「調停＝判断説」）という指摘がある。これは、家事調停の司法的機能を重視し期待していると思われる（高野耕一「ADRと民事調停・家事調停」法の支配132号18頁、同（2002年）『家事調停論』（信山社 東京）（175～177頁、179～180頁）。

のである。「家事調停は人事訴訟の単なる事前手続や準備手続ではなく、それ自体独自の目的と機能を有するもの」⁷⁰ならなおさらのこと、非連続性が重視されてよく、その象徴が、同一の調停に関与する者の切断であり、情報の切断である⁷¹。

人事訴訟法は、職業的に訓練をされているので裁判の公正については問題がないという理解の上に立って⁷²、離婚調停を担当した裁判官が離婚訴訟も担当する可能性は条文上制限されなかった⁷³。たしかに、調停における「心証を引き継がない、そこがプロとしてできるので、あえて違う裁判官にしなければいけないということはない」⁷⁴との見解はほとんどの裁判官に該当すると思われるが、問われるのは事実ではなく原理や制度である。「職業裁判官としては、調停時の心証を適切に分離した上で、中立・公平に心理に当たっているという姿勢を当事者に示し、その信頼を得るよう努める必要がある」⁷⁵と言っても、こうした説明は紛争に直面して利害が頭の中で渦巻いている当事者にどこまで説得力をもつだろうか。離婚調停と離婚訴訟を通して公正をどう担保するかという点について、当事者に見える形での制度的対応を図るべきであると考え

70 梶村前掲45頁。

71 なお、梶村は「人訴担当裁判官を調停担当裁判官とは(事務分配上)別人とすることができる余地を残しておく」(梶村前掲47頁)あるいは「別の裁判官が担当するものとする必然性はないものの」当事者の懸念を否定できなければ「別の裁判官が担当する態勢が考えられる」とも指摘する(梶村太市「審理の方式・手続」野田愛子・安倍嘉人監修(2004年)『人事訴訟法概説』前掲167頁)。

72 本間靖規他「人事訴訟の家庭裁判所移管に関するシンポジウム」判例タイムズ前掲54頁。

73 ただ、裁判官に余裕がありそれぞれの裁判所の方針で同一の裁判官が調停と訴訟を担当しない運用も可能である(研究会「人事訴訟法の基本構造」ジュリスト1259号18頁)。

74 研究会「人事訴訟法の基本構造」ジュリスト1259号18頁。

75 野田愛子・安倍嘉人監修(2004年)『人事訴訟法概説』前掲400頁。

るなら、連続性を遮断しない手続は問題を残したと思われる⁷⁶。30年前の話ではあるが、「ケースによっては、裁判官が、「地方裁判所に行っても、また私がやるんですから」と言われると、調停の内容がとてもしまって、それで調停で成立ということがありました⁷⁷との発言—「しまる」という意味が明確ではないが—を念頭において裁判官の連続的関与の可能性を考えると、自律的な紛争処理手続という離婚調停の特色は後退する危険があると言わなくてはならない。

5. 4 調停委員と参与員は同一の事件を担当できるか

離婚調停に関与した調停委員は当該事件が離婚訴訟に移行した場合に、参与員として関与できるかが問われた。中間試案の段階では、離婚調停に関わった調停委員が参与員として関与すると、「本来人事訴訟の判断資料とはなり得ない調停段階における資料等により心証を形成してしまうおそれがあるため、予断の排除や公正らしさの外観という観点から望ましくない⁷⁸という指摘を受けて、調停手続の進行等によってはそのおそれがない場合もあり、「一律に関与を禁止するのは硬直的過ぎる」「参与員に対する裁判所における研修によって対処することが可能である」との指摘も

76 本間靖規「人事訴訟手続法改正の制度論的側面」ジュリスト1230号47頁は、出来る限り調停主任である裁判官と訴訟担当の裁判官を別にするべきとしながら、「人的資源が整っていない」場所もあるので「できる限り」にとどまってもやむを得ないとする。また、調停観の対立が原因であるという認識のもとで、裁判官が一名しかいないような庁では「考慮する必要」がある（大阪弁護士会（2001年）「家事事件審理改善に関する意見書—家事審判法・人事訴訟法改正へ向けての立法提言（平成12年9月）」判例タイムズ1045号11頁）とされるが、どちらが原則なのか文脈からは不明である。

77 座談会（2002年）「家事調停と人訴移管」ケース研究272号72頁。

78 大阪弁護士会前掲11頁は「調停手続とは主張も証拠関係も違う訴訟手続において、家事調停委員が意見を述べるというのは、手続保障の観点から大いに問題」があると反対意見であった。

あるとして、なお検討するとしていた⁷⁹。

この問題についても裁判官の場合と同じような論議があった。離婚調停では当事者が調停委員との「信頼関係」に基づいて提供する情報があり、「当事者が調停段階で明らかにした情報が、訴訟での心証形成にストレートにつながってしまうようでは、当事者は安心して」「本音」を語れなくなり、離婚調停は「実質的な話し合いの場」にならないと危惧された⁸⁰。さらに、公正らしさが司法手続きにおいて重要であるという観点からは、参与員がいくら研修によって予断と偏見を持たない努力をしていると言っても、離婚調停で得た情報が影響する可能性は高いと見られても反論のしようがない。そこで、こうした不信感を当事者に抱かせないためには、「このような不信感が実際に問題となるか否かは個別事件の事情にもよるであろうが、参与員には別の人物を指定するのが無難なのではないか」⁸¹との指摘や、離婚訴訟に参加することを「一律に関与を禁止するものではないが、少なくとも当事者には拒否権を与えるべきである」⁸²との提案も出てきた。

人事訴訟法10条では、同一の事件について調停委員であった者が参与員になることが排除されるとはされておらず、運用で対応するとされ、また、例外的事例の場合には、除斥又は忌避の申立てにより対応することになっている⁸³。ただし、人事訴訟規則6条により、参与員を指定する場合には、家庭裁判所は「調停に係る事件に家事調停委員として関与していない者を

79 試案第3、2参与員の員数等(別冊NLB前掲35頁)。

80 布川実(2002年)「人事訴訟手続法の見直し等に関する要綱中間試案に対する意見」<<http://www.zenshiho.net/jinso20020920>>4頁。

81 本間靖規(2002年)「人事訴訟手続法改正の制度論的側面」ジュリスト1230号49頁

82 日本司法書士連合会裁判事務推進委員会(2002年)「「人事訴訟手続法の見直し等に関する要綱中間試案」に対する意見」前掲2頁。

83 民訴法24条1項における裁判官が公正な裁判を妨げる事情にある場合の、忌避条項を準用。

指定するように意を用いなければならない」とされ、該当する調停委員は「調停委員会を構成する家事調停委員として関与する場合に限定されずに、他の家事調停事件について意見を述べるなど、前置される家事調停事件に家事調停委員として関与した場合一般を含む」とされている⁸⁴。そして、「意を用いなければならない」は「配慮」より「強く裁判所への注意喚起を促すもので」あり「基本的に参与員に指定しないように求めている」と解されているので⁸⁵、調停委員は自己が関与した人事訴訟事件の参与員として訴訟に関わらないことになった。

6 調停への影響

人事訴訟法の制定は、制度上、調停に直接の影響をもたらすものはない。しかし、いくつかの点で、事実上の影響が生じるのではないかと思われる。

まず、離婚調停の円滑な運用にとって阻害的な影響が考えられる。既に触れたように裁判官との秘密交通権や後述する離婚調停で提出された「資料」の扱いとも関係するが、離婚調停が、当事者の話し合いを通じた互譲により合意を目指すものであるとすると（家事審判法の理念や通説）、互譲のために当事者にとって不利益な情報も調停で聞き出す必要があるが、そうした作業を進めることが困難になる可能性はあろう。そこで、離婚調停を進めるに当たって、調停委員会はいくつかの新たな対応をする必要がある。すなわち、離婚調停と離婚訴訟との一部連続した手続が許されるとすると、離婚調停を始めるに当たって、裁判官（あるいは調停委員）は当

84 岡健太郎・上拂大作「人事訴訟規則の解説」家月56巻6号16頁。なお、他の調停事件として意見を述べたり（家審規則136条の2）、事件の関係人の意見の聴取をした場合（家審規則136条の3）などが考えられるとされる。

85 岡健太郎・上拂大作「人事訴訟規則の解説」家裁月報56巻6号17頁。

事者に対して、離婚調停と離婚訴訟の説明を明確にする必要が出てくる⁸⁶。

6. 1 離婚調停と離婚訴訟のガイダンス

離婚調停には本人申立てが多いことと調停前置主義が維持されるので、「家庭裁判所における手続教示を充実する必要がある。すなわち、当初の申立て時及び調停不成立時において、訴訟移行の説明及び定型訴状交付等の、家庭裁判所における手続教示の充実が必要」⁸⁷となる。

次に、離婚調停と離婚訴訟の関係の説明も不可欠である。離婚調停と離婚訴訟では、「できる限り調停主任たる裁判官と訴訟を担当する裁判官を別にするのが、無難なのであろう」としながらも、「人的資源が整っていない場所もあることから」「できる限り」にとどまるのも「やむを得ないであろう」⁸⁸とするなら、裁判に関する説明を調停で義務づける必要があろう。これまでも、「調停初回の導入の段階では、当事者に調停は法律的に白黒をつけるものではなく、当事者双方の話合いに基づく合意によって、より良い問題の解決を見つけ出すためにわれわれが援助するというような姿勢で臨みますけれども、不成立になり訴訟となった場合は、調停と構造が異なり主に当事者主義的な手続で進むであろうということを説明します」⁸⁹と調停の場で説明されることもあった。これからは、「担当裁判官は、あなたが調停の場で発言したことを(あるいはその趣旨)知ることになります。そして、もし離婚調停がうまく行かず、離婚訴訟になった場合、その裁判官が離婚訴訟を担当するかも知れません。なお、裁判官は調停で

86 梶村太市『新版離婚調停ガイドブック』(日本加除出版 東京)97頁参照。

87 日本司法書士連合会裁判事務推進委員会(2002年)「[人事訴訟手続法の見直し等に関する要綱中間試案]に対する意見」前掲1頁。

88 本間前掲47頁。

89 座談会(2002年)「家事調停と人訴移管」ケース研究272号68~69頁。

の議論と訴訟での議論をきちんと区別して扱える訓練を受けています」⁹⁰と加えなくてはならない。

こうした説明をすると離婚調停の当事者が身構えて調停に臨むことは大いに考えられる。調停と訴訟ではなく審判との関係についてであるが、家事審判官が調停に熱心になればなるほど、調停に立ち会えば立ち会うほど、連続的処理の当否が問題となってこざるをえないというパラドックスに陥ることになり、家事調停における任意性を確保するためには、調停における率直な発言が審判で不利な扱いを受けるといった事態、をできるかぎり避ける必要がある。したがって、調停と訴訟の関係でも「訴訟における弁論や証拠調べにおいて、調停段階での当事者の発言や経過などを詳細に審理するような運用をとるときには、非連続説が危惧するような弊害が現実化するおそれがある」⁹¹あり、当事者は「調停で本心を話し積極的に妥協をはかろうとする態度に出ることはできないことになる」⁹¹ことになりかねないことを十分認識しなくてはならない。

6. 2 裁判官と調停委員の分断

通常、「離婚調停では、お互いが話し合いを通じて譲るところは譲るという精神でなるべく協議で離婚をするように協力しあいましょう」と当事者に伝えたあとで、「さて、調停委員は当事者の状況を可能な限り把握したいと思うので、自分に不利益なことでも話してください。相手方には言

90 調停は原則として家事審判官と二人以上の調停委員によって進められるが、現実には家事審判官は調停に出席することはほとんどない。そこで、調停委員は調停を始めるに当たって「調停委員は法律の専門家ではないので、調停での話し合いで法の原則に外れるような結果を招くと危惧されるかも知れませんが、必要なときには常に裁判官と相談をして話を進めますから、法的に不利益をこうむる危険はありません」という趣旨の説明を当事者に行うことが多い。今後、この説明に人事訴訟との関係を加える必要が出てくる。

91 梶村前掲38～39頁。

いません。調停委員は裁く役割ではなく、当事者が協力して合意を作るための助っ人役を果たしているのです」という趣旨の働きかけがなされる。しかし、当事者は「調停委員は助っ人かも知れないが、裁判官に限って言えば離婚訴訟では助っ人ではなく裁く人になるではないか」と素朴な疑問をもち、その結果、自己に不利なことを離婚調停で言ってしまえば、離婚訴訟で不利な判断をされる素材を提供することになると考えて、離婚調停で出す情報をいっそうコントロールする可能性がある。

このように、離婚調停の当事者が、調停不成立後に「移行する」ことになるであろう離婚訴訟を射程に置いて、離婚調停に臨むことになると、離婚調停で本来必要とされている当事者に関する利益と不利益情報が十分に出されなくなり、その結果、十分な情報に基づかない調停成立や調停不成立が生じる可能性が出てくる。離婚調停がいくら当事者双方の互譲や相互理解によるものであるとしても、当事者は離婚後の生活や人間関係の不安もあって、自分にできるだけ有利な合意を求めるのは自然である。財産の処理にしても子ども(もしあれば)の処遇にしても、自分にとってできるだけ望ましい結論を導きたいと考えるのであり、そのような状況において、離婚調停と離婚訴訟の裁判官が同一人である(可能性がある)となると、情報を提供しなくなる危険は高い。

例えば、調停委員が、離婚調停は双方の互譲や協力によりできるだけよりよい「解決」を目指すのだから、当事者は可能な限り情報を出し合って、折り合いを付ける努力をしようと、当事者に働きかけ情報を出させるとする。調停委員の働きかけを信じて可能な限り利益不利益を問わず自己に関する情報を提供した当事者が、後の離婚訴訟で敗訴になると「騙された」と思ってもおかしくない(少なくとも主観的にそのような理解をする可能性は大きい)⁹²。したがって、同一の裁判官が離婚調停も離婚訴訟も関与

92 繰り返しになるが、現実に職業裁判官が不当な結果を導く可能性は客観的には低いかも知れないが、当事者の主観的な視点からどのように映るかが問題なのである。

する可能性がある限り、調停委員は、当事者に対して情報の提出の仕方に注意するよう事前に注意を与える必要が出てくるのではないだろうか。

さらに、調停委員は、当事者にとって不利益になると思われる情報が提示された場合には、それを記録に残すかどうかの判断を迫られ、場合によっては、調停委員が記録に残す情報を「操作」する危険すら出てくるだろう⁹³。言い換えると、調停委員は、裁判官不在の調停で出てきた情報については、相当慎重に扱う必要があると考え、特に、当事者の一方が「相手方には言わないで欲しい」という前置きで話した内容については、裁判官にも相手方にも「言わない」とするのか慎重な判断が求められることになる。このようにして、当事者に関わる情報をめぐって、調停委員会が調停委員と裁判官とに分断されるという影響も出てくると思われるのである。

7 調停と訴訟に関わる資料

調停委員は、調停を進める場合にいくつかの書類を作成することになる。経過メモとされるものは、調停の回毎に作成し、当事者ならびにその他の者の出頭状況、当事者の主張、調停の展開状況、そして、調停委員のコメントなどが記載され、調停の現状が把握できるようになっている。また、調停では、当事者の戸籍謄本、当事者から預金の状況とか借金の状況、あるいは不動産の権利関係を証明する書類、あるいは子どもの保育料にかかる資料などが、提出されることも多い。さらに、こうした書類とは別に、

93 調停委員が作成する調停に関する記録（経過票）の性質をここでは問わない。当事者の年齢とか身長に記載は客観性をもつだろうが、顔色とか態度になると主観的観察になってゆく。さらに、記録する行為が、調停委員の頭の中を一度通ったものであるから、意図的であるかどうかとは関わりなく、そもそも「操作」されたものである。記録の開示などとの関係では、記録（に記載された情報）は誰のものかという論点でもある。

調停委員は、自分の「手控え」を作成して調停を円滑に進行させるようにしている。

このような書類は離婚調停と離婚訴訟においてどのような位置づけがなされるのであろうか。離婚調停での「資料」がどこまでの範囲を指すのか、また、論者がどのようにそれを定義しているのか、必ずしも明確ではない。様々な議論の中で、「資料」という用語や「証拠」という用語が使われているが、「資料(証拠)」という表現もあり、議論が混乱する危険のあることを前提に検討を進めることにする。

7. 1 事件記録などの範囲

7. 1. 1 「事件記録」とは何かに関しては、裁判所法60条の2に裁判所書記官の職務として「記録」その他の書類の作成保管が規定されており、家事事件の場合には、「一般的には、経過表と申立書、戸籍関係、登記簿関係、それから当事者から出された書面、そして最後に、調停委員の手控えというものがあります」と言われるが、「経過表」は調書に代わるものであるが、「手控えについては特に決まりがなく、調停委員の手控えは事件の記録には当たらない」⁹⁴と言われる。それに加えて「家庭裁判所調査官の作成する社会調査記録」があり、「調停段階での当事者・関係者と、調停委員や家庭裁判所調査官との間における、調停過程での秘密保持に基づく双方の信頼関係によって収集できた資料」⁹⁵とも言われる。

7. 1. 2 記録の連続的活用

7. 1. 2. 1 連続的活用に積極的な立場

94 座談会(2002年)「家事調停と人訴移管」ケース研究272号79頁。

95 座談会(2002年)「家事調停と人訴移管」前掲79頁。

今回の法改正が離婚当事者にとって、手続きがわかりやすく、かつ、利用しやすいものにすることを目指しているという観点から、「調査官を訴訟の段階でも大いに活用するとか、あるいは調停審判の段階で出されたいろいろな上申書、供述書などの、いわば証拠的なもの」が訴訟の段階でも使えるという一貫した連携した関係であれば「非常に分かりやすいし、効率的でもあるし」⁹⁶として、離婚事件が家庭裁判所で処理される場合、離婚調停と離婚訴訟で用いられる資料が一元的に扱われることが好ましいという見解がある。

その背景には、離婚調停が離婚訴訟に移行する場合、「訴訟では、また初めから話していただく必要があると言うと、「そういうものなんですか」とがっかりする当事者の声をよく聞きます」、「訴訟になると「一から出直しというのは無駄ではないか」ということなのでしょうね」という現状認識がある⁹⁷。そして、「調停段階で収集された資料の後続手続での利用可能性を認め、当事者の負担軽減と手続経済を図ることが望ましい」とされるのである⁹⁸。

ただ、その利用は無条件で行ってよいというのではなく、当事者に開示されない「家庭裁判所調査官等の調査報告書や調停における期日経過票などがそのまま訴訟で使用されないようにする必要がある」が、調停や審判で提出された「書証」（この内容が必ずしも明確ではない）は、二度手間を防ぐため、「すべて反対当事者に開示する扱いを確立」した上で、そのまま訴訟に引き継ぐものとするという見解も見られる⁹⁹。また、離婚調停で提出された資料は、当事者が改めて人事訴訟手続に

96 法制審議会前掲2001年10月5日：7頁。

97 座談会（2002年）「家事調停と人訴移管」ケース研究272号67頁。

98 高田昌宏：ミニ・シンポジウム（2001年）「人事訴訟・家事審判の手続的諸問題」前掲139頁。

99 日本弁護士連合会（2001年3月16日）「家事事件の家庭裁判所への移管に関する意見書」前掲2頁。

において口頭弁論に上程したものに限り、人訴事件の訴訟資料ないし証拠資料とできるとか¹⁰⁰、「当事者が関与せず、または当事者に攻撃防御の機会が与えられなかった証拠や調査官の報告書、調停委員の所見等をそのまま裁判所が訴訟で利用する」ことは許されないが、裁判所は「柔軟に釈明権を行使し」資料の提出を当事者に促すべきであるとの見方もある¹⁰¹。

7. 1. 2. 2 連続的活用に消極的な立場

離婚調停を「当事者が自分に不利な情報も含めて本音を出し合うことにより解決を見出す」手続と考えると、離婚調停段階での「調査結果を含めた資料」が「訴訟段階において開示、利用されることになれば、調停による解決の基盤が崩れてしまう」ので、離婚調停での「資料」を人事訴訟において利用することは認めてはならないとか¹⁰²、「調停における対話を実質化するためには、調停における自由な対話が保障される必要があり、調停と訴訟を切り離す」べきであるとし、調停の記録は、訴訟裁判所に引き継がれないし取り寄せもできないとされる¹⁰³。

7. 1. 3 記録による異なった扱い

7. 1. 3. 1 戸籍謄本や住民票

調停では、当事者の家族関係を証明する戸籍謄本や住民票などがすでに提出されて(戸籍謄本は必ず申立ての時に提出されている)いる。

100 別冊NLB前掲26頁。

101 日本司法書士連合会裁判事務推進委員会(2002年)「人事訴訟手続法の見直し等に関する要綱中間試案」に対する意見」前掲2頁。

102 布川前掲2頁。

103 谷は、「証拠のみの取り寄せはできる」とするが、ここで言う「証拠」が何を指すのかが不明(谷英樹(2000)「人事訴訟の家庭裁判所への移管」<<http://homepage2.nifty.com/taiwaken/jinso.html>>4頁)。

こうした資料に含まれる情報は、当事者の法的権利義務に関する基礎になるものであり、これらは離婚調停においても離婚訴訟においても基礎資料にとどまり当事者の利益不利益に直接影響をもたらすものとは思えない。いわば、当事者にとっては自明の内容であり、これらの情報の役割は、離婚調停でも離婚訴訟でも変わらない。したがって、「戸籍謄本だけはいいかなという感じはしています。訴訟の大前提なので、これをいちいち書証化することもないので、戸籍謄本だけは調停段階で出されたものをそのまま引き継いで」¹⁰⁴と言われるように、離婚調停の後離婚訴訟が提起されたら、戸籍などの事項に関しては新たに資料の提出を求める必要はなく、離婚調停に用いられたものを「移行」しても問題はない

7. 1. 3. 2 調停で当事者から出された資料

離婚調停で出された資料をめぐる、資料を提出した当事者から「これは裁判所に行ったら全く無視されるのですか、改めて出さないといけないのですか、その負担は非常に大きい」との発言が出されることがあり、資料によっては「有効的だと思われる資料については活用すべきではないかなという考え方」¹⁰⁵がある。しかし、こうした資料を離婚調停で提出された後に離婚訴訟で活用できるかは見解が分かれる。

離婚調停は、当事者の互譲や協力に基づく合意による離婚を目指すので、例えば、当事者の不利益になる資産に関する情報などが当事者によって提出される場合もあり得る。とくに、調停委員は、相手方には伝えないという条件で、資産に関する情報を当事者の一方から見せてもらうことがある（このようなアプローチの適否は問わない）。そのような場合には、離婚訴訟にそれを用いるのは当事者に不信をもたらすので、当事者が相互に争う可能性のある情報（資産に関するもの

104 法制審議会前掲10月5日：17頁。

105 法制審議会前掲10月5日：15頁。

などはその典型的なものである)は、離婚調停の場に提出されたからと言って、離婚訴訟でそのまま利用出来ないとするべきであろう。あるいは、離婚調停の実務では、当事者の一方から相手方に見せないで欲しいという条件で資料がだされた場合、「裁判所は拒否しておられないと思います。一応そこで記録にとどめておくということがされておる。では、訴訟提起となって、その記録の中の書証の提出をいたしましょうというときに、引っ込めますというのを認めるのかどうか。引っ込めますというのを認めるのはどうかという気がいたしますが、ではそれだったらむしろ調停の段階のときに、相手方に写しを見せないでくれという形で書証を出すということを認めないというような運用をしておく必要がある」¹⁰⁶と言うべきである。

一方、資料は「調停における自由な対話、意見表明と自己決定の前提」になるから、「調停段階で出された書証は本来すべて相手方当事者に写しを交付すべき」であり、「調停段階で提出された書証は相手方当事者も承知している」ので、「それらの書証は、訴訟に移行しても通常これを調停で提出した側から法廷に提出されるものと考えられ」、調停の独自性を重視する考え方からも「引き継がないとする実益はない」として、相手方に提出あるいは相手方が認識している書証は、離婚調停から離婚訴訟に引き継いでも構わないとする見解がある¹⁰⁷。

もっとも、現在の調停においても、資料を提出する当事者にとって「決定的に不利となるようなことを自分で書いた時には、「もう少しよく考えて整理して書いたらどうですか」と、この程度のことは言います。全部自白していると、それもよく聞いてみると、その受け止め方がいいのだろうかというようなこともあるわけでして、やはり法律

106 法制審議会前掲10月5日：15頁。

107 大阪弁護士会前掲11頁。

家の人の目で見たとスクリーニングはどこかで1回は必要」¹⁰⁸との指摘がある。調停委員がこうした対応をすることがどこまで許されるかはともかくとして、調停では当事者が法的な意味を知らずに資料を提出することがあるならば、調停で出された資料を訴訟で利用すると当事者の利益を損なう危険が高いと言えよう。

7. 1. 4 調停経過メモとして調停委員が調停後作成して家庭裁判所に保管されるもの

離婚調停では、調停の経過を記録するメモが毎回作成されて記録として残される。この調停経過メモが法的にどのような性質をもつのか必ずしも明確ではないが、関与する調停委員と通常調停には出席しない裁判官との間でのコミュニケーションの手段として決定的に重要な役割を果たしている。裁判官は、調停経過メモをみることで、調停の進み具合の概要を把握することができ、調停の適切かつ円滑な実現を目指して、調停の進行について疑義が生じた場合には、調停委員ならびに調停の運営に対して指示を与えることが可能となる。

この調停経過メモには、当事者の氏名などが明記されているが、調停での当事者の発言（経過メモを作成した調停委員が整理したものであり速記ではない）、調停委員が調停を通して得た感触や解釈、さらには、当事者から提出された資産やその他離婚事件に関係する具体的な情報が記載されることがある。経過メモ作成については、厳格な規則があるわけではなく、経過メモを作成する調停委員それぞれのやり方でかけられることが圧倒的に多い（一部フォーマット化されているものもある）。

すでに触れたように、調停経過メモは、氏名や住所あるいは戸籍など家族関係を示す「事実情報」とは異なり、作成者の「主観」が混じった性格の強いものである。また、当事者それぞれに利益不利益になる情報

108 法制審議会前掲10月10日：15頁。

も記載される場合が少なくない。したがって、これを訴訟でも使えるとすると(そのような事例はどれだけあるか疑問であるが)、「当事者に警戒心を与え」¹⁰⁹自由に話すという調停のよさへの障害となるだろう。場合によっては、当事者から開示請求が出されないとも限らない。

さらに、調停経過メモは、当事者の検証を経て作成されたものではなく、また、集める段階において当事者への説明がないままに集められた情報でもある。したがって、これらを離婚訴訟に「移行」させて利用するのは問題がある。下級裁判所で用いられた「証拠」が上訴裁判所に「移行」することと調停と訴訟の間の移行は¹¹⁰同じではなく、当事者に争いのある可能性をもつ資料を異なった手続においては使わないほうがいいのである。特に、当事者が検証できない調停委員の見解などが含まれている経過メモは、訴訟で連続的に利用することは許されないとするべきであろう。ただ、「調停期日経過表」は書記官と裁判官だけが見るものであり、公開も原則とされていないので「訴訟の段階にペーパーとして引き継がれるというものではない」¹¹¹との見解がある一方で、裁判官からと思われるが「訴訟になってから訴訟の裁判官にとっては非常に貴重な資料なのです。そういうことを見ていいのかということに、反対論もあるとは思いますが、本当は見たいところです」¹¹²と正直な見

109 本間靖規他「人事訴訟の家庭裁判所移管に関するシンポジウム」判例タイムズ前掲56頁。ただ、この発言者は、裁判官が同一の調停と訴訟を担当することには疑問をもっていないが、調停委員の手控えも裁判官の中の「記憶」(手控え)も質的には同じではなからうか。

110 訴訟における「証拠」は、少なくとも下級審で相手方の目に触れるものであり、争うことの可能な情報である。

111 法制審議会前掲13年10月5日:15頁。「期日経過票」(票か表か表記がバラバラである)は、「家事調停委員の個人的な印象が直接記載されやすく、記載の正確性が担保されない」と考えられるので、「期日経過調査票は訴訟手続には引き継がない」(大阪弁護士会前掲11頁)とも言われる。

112 法制審議会前掲10月5日:17頁。

解もある。

第四に、調停を進める過程で、調停委員が調停経過の状況や関係するコメントならびに自分の見解や解釈を記載している私的なノートの扱いも問われる。調停経過メモとは異なるものであるが、調停委員が事件を理解し、事件を進行させる上で、決定的に重要な記録である。この情報も、調停委員個人の資料として位置づけるべきであり、その帰属は調停委員にあるとみるべきである。したがって、調停委員のノートなどは、調停限りの資料にとどめるべきであり、調停委員は離婚訴訟において、このような資料が使われることに対して資料を提出する義務はないであろう。

このことは、調停委員が離婚訴訟において証人として証言できるかという問題とも重なる。調停委員が調停で知り得た情報（「秘密」と言ってもよい）を離婚訴訟の場で、証言する義務があるのかは微妙な問題である。一般的に調停で知り得た情報を開示してはいけない義務を調停委員は負っている。したがって、離婚訴訟になった場合、訴訟の場で調停における内容を証言することは許されないとと言えるだろう。証言拒否の法的地位を認めない限り、離婚調停において当事者は秘密を守ることを信頼して様々に協議を進めるのであり、その効果はほとんど期待できなくなる。ただ、当事者双方が同意を与えた場合に限り、当事者が開示の利益不利益を放棄したものと考えられるから、調停委員は調停でどのようなことが生じたかを証言することは可能かも知れない。ただ、その場合も、証言する項目によっては当事者が開示を拒否することも考えられるので、証言は大変微妙な営みとなる。

例えば、当事者に関する調停委員の印象や判断を証言することには同意がなされても、当事者が財産関係に関して述べた内容を証言することには不同意とされるかも知れない。さらに、当事者の一方がドメスティック・バイオレンスなど暴力行為に及んでいる場合など、その行為の存否について証言を求められることもあるだろう。調停で行為者がそれを

認めても、訴訟ではそれを争うこともあり得る。そうした場合、調停の場では暴力を認めたではないかとして、相手方がその立証のために調停委員を証人として呼び出すことも得るかも知れない。

なお、家庭裁判所調査官の証言に関しては、調査活動を適切円滑に行う必要から「証人尋問は認められるべきではない」¹¹³との見解や¹¹⁴、担当調査官は「裁判所の調査機構として裁判所の一部を構成していることから、想定されていない」という指摘がある¹¹⁵。調停委員にも同じようなことが言えるのではなかろうか。

7. 1. 5 家庭裁判所調査官による調停に関する調査報告書

最後に、離婚調停で命じられた家庭裁判所調査官による調査結果は、離婚訴訟で用いられることが許されるであろうか。離婚調停の目的が、合意による解決であり、当事者の納得を前提としていることもあって、離婚調停では、現実にはともかく、当事者は可能な限り正直に事件に関する情報を提示して、合意を形成しようと努力することが期待されている。そうした目的をもって行われる調停における調査なので、当事者が本音を語ることが求められるが、訴訟において調査が利用される可能性があるとなると、調査への協力がどれほど期待できるか疑問となろう¹¹⁶。

調査は職権によりなされるから当事者はそれに協力する義務があるという見方もあり得るが、自律性を重んじる調停での調査と、他律的性質の強い訴訟における調査は、目的が異なると言えるだろう。

113 全司法前掲3頁。

114 イギリスでは30年ほど前から家族福祉官 (family court welfare officer) の証言拒絶権をめぐる論議があった。特定の事項を除いて、当事者の同意を条件にして証言をすることが出来るにとどまり義務は課されていない。

115 梶村太市「審理の方式・手続」野田愛子・安倍嘉人監修(2004年)『人事訴訟法概説』前掲146頁。

116 全司法前掲3頁。

調停で家庭裁判所調査官が作成した「調査報告書」も資料とするかどうかとも問われる¹¹⁷。調査報告書に関しては、適正手続の観点から当事者が開示を要求することを認めるべきであるという主張があり、さもなければ当事者の手の届かない（攻撃防御できない）資料によって闇討ちあるいは切り捨てごめんの判断が下される危険があるとされる。従って適正手続の側面からは開示要求はもっともである。

他方、調査のプロセスを考えると、調査に当たって情報を提供する者が「非開示」を条件として情報を提供することもある（一部は非開示ということも考えられる）。そうした条件をのまない限り、より多くの情報を収集できないなら、調査官の仕事に支障がでて、ひいては適切な判断が難しいことにもなるという、ジレンマが生じる。

問題点としては、「調査の方法や対象に影響」「調査の目的の達成が難しくなる」「当事者との信頼関係が壊れる」「紛争を激化させる」「当事者が秘密の扱いを求める事実等について、どう対応するか」「調査報告書の記述に工夫が必要になるのではないか。調停委員や裁判官に伝えたい事実やその評価についての報告をどうするか」「プライバシーの侵害の判断をどうするか」「調査報告書の記載内容について、抗告審で証人尋問の対象となった場合の対処の在り方はどうすべきか」などが指摘されている¹¹⁸。

117 調停における調査は、当事者が合意を形成するためになされるという性格のものであり、訴訟における調査は、当事者の提出した証拠によっては適切十分な結論をだせないと裁判官が判断した上で、判決をするに必要な範囲でなされる性質をもっている（補充性）。したがって、前者は合意形成を目指すための資料であり、後者は不十分な証拠を補完するためのものであり、目的が異なっているのである。したがって、前者を裁判における調査と同じように位置づけて活用するには問題があるといえる（野田愛子・安倍嘉人監修（2004年）『人事訴訟法概説』前掲207頁以下参照）。

118 青柳周一（1995年）「調査報告書の「開示」を巡って」ケース研究243号46頁。

7. 2 現行法のもとでの資料の扱い

現行法のもとでは、調停に提出された資料は訴訟に自動的に引き継がないことになった。ただ、家事調停で提出された資料を、人事訴訟裁判所が取り寄せて用いる事が出来るかに関して、絶対認めないという見解は見られない¹¹⁹。そこで、「家事調停の記録は、当然にその後の人事訴訟における資料となるものではなく、当事者がこれを改めて書証として提出する」などしないといけないとされている¹²⁰。運用において、原則として開示せず、当事者が開示を是認している範囲で訴訟裁判所が取り寄せることは許されると言われている¹²¹。ただ、ここで言われる「資料」がどこまでをカバーするのかによって問題は残ると言えよう。

8 むすび

人事訴訟手続法改正と調停の問題点を考えるに当たって、英国の離婚手続を思い浮かべてみると、いろいろと示唆を受けることがある。

周知のように、英国の離婚手続は現在もまだ離婚訴訟一本であり、日本

119 なお、職権探知主義との関係で「弁論主義のみが自己決定権を保障すると考える必要はない。自己の身分関係に関する、職権探知の結果を当事者が知り、これについて意見を表明し、裁判所にその顧慮を義務づける、手続的保障の整備」をすれば、職権探知と手続保障ないし自己決定権の保障とは矛盾しないとの指摘もある(本間靖規(2001年)「大阪弁護士会「家事事件審理改善に関する意見書—家事審判法・人事訴訟法改正へ向けての立法提言」について」判例タイムズ1045号20頁)。

120 小野瀬厚・岡健太郎編著(2004年)『一問一答新しい人事訴訟制度』(商事法務 東京)15頁。

121 大塚正之「人事訴訟の家庭裁判所移管後の家事調停の在り方」野田愛子・安倍嘉人監修(2004年)『人事訴訟法概説』前掲378、400頁。

法のもとである離婚調停は制度としては存在しない。ただ、離婚訴訟を提起した者は、ただちに離婚訴訟手続になるのではなく、当事者の離婚ならびにその他関係する事項についての意思を確認するために、一定の「熟慮期間」がもうけられている。そして、熟慮期間の間に、当事者は軽率な離婚決意を熟慮することが期待されている。

調停前置主義ではなく、熟慮期間前置主義なのである¹²²。その熟慮期間の間に、通常、当事者は、裁判所外の機関によって合意形成援助 (mediation) を受けることが期待されている。そこでは、離婚の合意形成援助手続は離婚訴訟とは完全に切り離された仕組みとなっている。そのために、合意形成援助手続で当事者が語った内容はいっさい離婚訴訟手続で利用される可能性はなく、また、合意形成援助手続に関わった者は、離婚訴訟にはいっさい関わることがない。こうした仕組みのもとで、合意形成援助手続では、当事者が他者の支援を受けながら自律的に合意形成に向けて協議を進めることができるとされている。そこで強調されているのは、合意形成援助という自律的手続と離婚訴訟のような他律的手続との間の切断である。それによって、当事者は自律的手続の中で自分が不利益を受けることがないという安心のもと、自由に判断し互譲することが可能となると考えられている。

人事訴訟手続法の改正によって、家庭裁判所で離婚調停と離婚訴訟が可能となることは当事者にとって使い勝手のよいものとなり、その点では好ましいものである。特に、人事訴訟事件が増加傾向を見せ、その多くは離婚訴訟であるといわれているので、当事者にとって使いやすい手続が提供されるべきである。しかし、離婚調停と離婚訴訟が制約無く同一の地平にたち、かつ、連続性をもつと、離婚調停での当事者の自律性は著しく後退

122 調停前置主義の意義は、当事者が「訴訟や審判におけるような決定的な対立を避ける」ところにあり「継続的な身分関係を平和に維持する」ものとする見解もある (石川明 (2002年)「強制的調停前置制管見」判例タイムズ1097号79~80頁)。

するだけでなく、離婚調停の進行にも影響が出てくる。離婚調停と離婚訴訟が「連続性」をもつと(もちかたによるのだが)、調停委員が離婚調停を調停の原理原則に則って進めようとすればするほど、自己の利益を守ろうとする当事者の抵抗にあって離婚調停を適切円滑に行えない危険が考えられる。こうした支障を解決あるいは可能な限り抑えるためには、手続上あるいは目に見える形での、切断を用意すべきではないかと思われる。具体的には、調停と訴訟を同一の裁判官が担当しないという外形をとるとか、調停で用いられた情報(その範囲の確定は難しいとしても)を裁判では当事者の同意のない限り一切用いないなどの保障を明確にすることで、当事者が安心しかつ納得して調停や訴訟の結果を受け入れることが可能となるはずである。現行人事訴訟法は、これらの論点に関して必ずしも明確な規定をおいていない。運用だけで適切に対応出来るのかは疑問が残ると言わなくてはならない。

(本研究ノートは、2005年度科学研究費補助金(基盤研究(C)(2))「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」の研究結果の一部である)