

「家族間紛争とその法的処理手続き — 家事調停 —」

覚え書き

南 方 暁

1. はじめに

1. 1. 本論稿の概要

1. 1. 1. 家族をめぐる紛争の特色

家族をめぐる紛争（あるいは家族関係から生じる紛争）は、個人がそれぞれに個性をもっていると同じように、紛争自体も個別性のきわめて高いものであり、一回限りのもので、二度と同じことが生じないユニークなものである。そして、紛争を家族構成員間のコミュニケーションの徴表と見ると、それぞれが自己の生い立ちや経験を前提にして、相互に係わり合っている状態と見ることが出来る。

このような家族をめぐる紛争の主体は、主として家族構成員の地位をもった者である。もちろん、家族構成員と契約などによって関わった利害関係ある第三者が紛争の当事者として（当事者の立場を主張して）紛争に関与することはあるが¹、紛争の出発点には、家族構成員が存在している。

家族をめぐる紛争を検討する場合、紛争の特色を捉える必要がある。とらえる場合の視点としては、紛争の性質（内容）、紛争と時間、紛争当事者の関係（の度合い）、当事者のおかれている状況、紛争処理の制度、社会の動き、など様々なものが考えられるが、ここでは主として、紛争の性質（内容）に焦点を当てて議論を進めてゆくことにする。

そして、後述するように、家族をめぐる紛争を、①人間関係をめぐる紛争（情緒的なもの）、②財産をめぐる紛争、③家族構成員外との社会関係をめぐる紛争、などに分けて検討してゆくことにする。さらに、家族をめぐる紛争の中でも法的紛争については、①家族構成員としての地位をめぐる紛争（配偶者の地位とか嫡出子としての地位など）、②家族構成員としての権能をめぐる紛争（親権濫用や子の引渡しなど）、③家族構成員の財産をめぐる紛争（財産分与とか扶養料請求とか遺産分割など）の大枠を念頭において論じてゆくことにする。

¹ 夫婦の一方と契約を結んだ者が夫婦への責任を追及する（家事債務の分担）、財産分与を第三者が代位するとか財産分与を詐害行為として第三者が争う、相続回復請求における表見相続人をめぐる紛争、などが考えられる。

なお、本論では家族をめぐる紛争という表現を使っているが、そもそも家族とは何かが問われなくてはならないだろう。後に簡単に触れるように、現代社会においては、社会の大きな変化によって、家族概念や家族の実態（構成・役割など）が変容したり多様化しているので、その定義は簡単ではない²。ただ、本論では、家族を法制度との関係でとらえているので、現行法が前提とする（憲法24条、民法の婚姻に焦点を当てる構成や戸籍法の原則）、夫婦家族（夫婦あるいは夫婦と未婚の子からなる集団）および親と子からなる集団（老親と成人の子や未婚の親と未成年の子からなる集団）を家族としてとらえておく。

1. 1. 2. 家族をめぐる紛争と法的側面

家族をめぐる紛争は、情緒的なものから財産的なもの、さらには社会的な評価や第三者との人間関係など、数多くの要素や複雑な性質をもって現れてくる。そうした紛争が、法の土俵で処理されることになる（法の傘の下でも同じ）、生々しい紛争の総体が扱われることにはならない。そもそも、法が扱える事項は限られており（基本的には国家権力による強制が許されかつ可能な領域に限られる）、それは紛争の一部に過ぎない。

家事事件として扱われるものは紛争の争点のうちで法に規定された事項だけが対象となるに過ぎない。紛争当事者は、紛争が当事者の全人格をかけて争うものと捉えるし、また、当事者にとっての紛争はまさにその人の全人格をかけて争う重大なものである。法は、そうした紛争を法によって処理しやすいように類型化して、ある部分は、当事者にとってどれほど重要だと認識されていても、切り捨てることになる。家事事件は、基本的にはこのような特色をもっていることを認識する必要がある。

1. 1. 3. 家事事件処理と調停制度

家族をめぐる紛争は、多くの場合、当事者が自分たちで自律的に処理し、終結させている。離婚事件を例にとれば、離婚件数の90パーセントは、協議離婚であり、当事者が婚姻紛争を自律的に処理していることになる。しかし、当事者が自律的に処理できなくなった場合には、現行法のもとでは、ただちに訴訟によって処理されるのではなく、家庭裁判所という司法の場で、当事者が協議することにより紛争を処理する仕組みが用意されている。それが、家事調停である³。

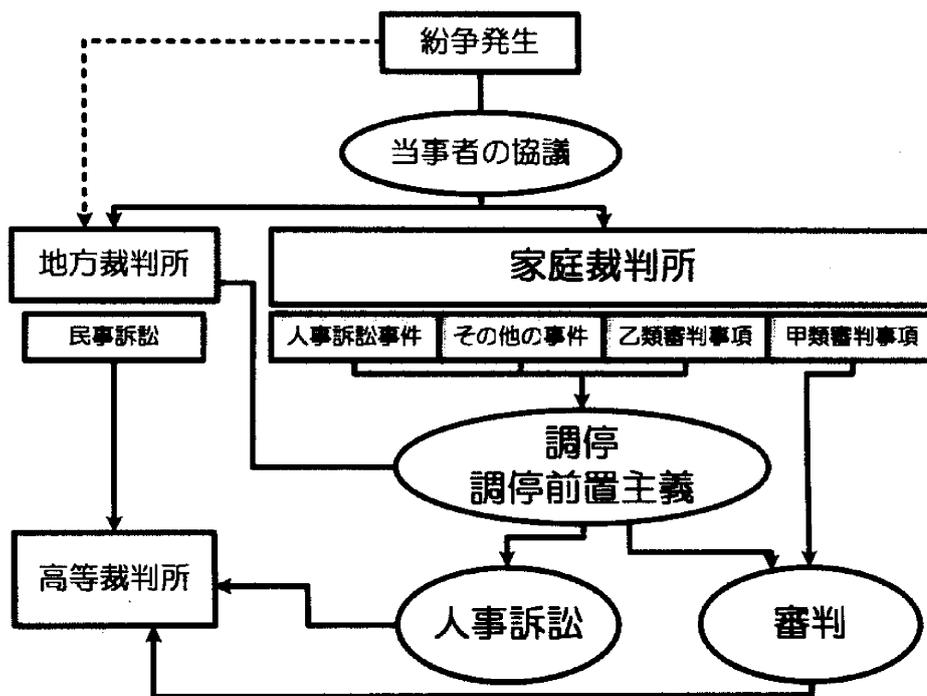
家事調停制度は、司法による救済へのアクセスを高めたものとして、その創設以来、紛争処理手続きとして重要な役割を果たしてきたが、その長所と短所もまたもっている。そこで、家

² 伝統的な異性の婚姻によって成立する集団が家族と考えられてきたが、同性の「婚姻」「パートナー・シップ」による集団もまた家族として承認される現実が出てきたり、男性の死後、その男性の冷凍精液によって出生した子との間の父子関係の存在を認めてもらいたいという請求が出てきたり（最判平成18年9月4日家月58巻12号44頁）、家族の形成をめぐるっては、新たな現象が次々と出てきている。

事事件の処理に当たって重要とされる基本原則と、家事調停制度との関係が改めて問われる必要があると思われる。

1. 1. 4. 家事事件処理と人事訴訟制度

家事事件の一部は、人事訴訟によって処理される。家事事件の中で、限られた事件が人事訴訟で処理される（人事訴訟法2条に限定される）⁴。ただし、本来人事訴訟事件でないものも附帯処分によって処理されることができる。家事事件が公平および正義の観点から処理されなくてはならないということであれば、家事事件、家事調停、人事訴訟事件の関係が問われなくてはならない。



1. 2. 本論考の前提となる問題意識

1. 2. 1. 家族間紛争の処理と「解決」とは

本来家族構成員の間での紛争処理と、その解決とはどのようなものであろうか。家族間の紛争は多様で複雑な内容であり、その「解決」とは何かを定義するのは難しい。また、家族構成

3 家事調停制度は、20世紀初頭の調停制度への関心にまで遡ることが出来る。家事事件を訴訟により処理することへの抵抗や異論が、大正8年の臨時法制審議会ですでに出されており、権利義務という近代的法概念に基づく紛争処理を「出来るだけ回避する」ために調停の活用が考えられていた（磯野誠一・磯野富士子（1958年）『家族制度』岩波新書 41～48頁）。そして、戦時における親族間紛争への対応として人事調停法が制定されるに至った。

4 松本博之（2006年）『人事訴訟法』弘文堂19～21頁参照。

員間の紛争は、人間関係が継続的な性質をもっていることもあって、どの段階で「解決」と言えるのかも簡単に断言できるわけではない。例えば、離婚を考えても、夫婦が別れば、離婚という紛争が終結したとはいえないだろう。当事者は、夫婦別れをしたとしても、離婚のプロセスで精神的に傷ついていると、その傷は、離婚後も当面あるいは一生残るのであって、紛争が解決したと果たして言えるのか疑問である。

言い換えると、すべての事例で見られるわけではないが、家族間の紛争は、いつまでも存続して「解決などない」ともいえるのである。つまり、家族間紛争は、将来に向かって開放されている要素が多い点で特色があるといえるのである。いったい、紛争の解決とは何かがまず疑問の第一となる。

1. 2. 2. 家事事件処理の「解決」とは

家族をめぐる紛争に解決があるのかどうか分からないだけでなく、そうした事件を法的に処理するに当たっての解決とは何かが問われることになる。つまり、家族をめぐる紛争の一部を扱うことになる家事事件における「解決」とは何かが問われるのである。

1. 2. 3. 家事事件処理における基本原則

1. 2. 3. 1. 当事者に対する公平（形式的・実質的）

家事事件は、法的な要素を対象にする家族間の紛争でも限定的な性質をもっているため、その処理手続において重要となるのは、当事者にとって公平や正義が形式上も実質上も実現されることであろう。

1. 2. 3. 2. 紛争当事者を個人として保護する必要性

そこで重要とされる基本的な判断基準は、家族を構成する男女の平等の確保、子の利益や福祉の確保であり、家族構成員と関わる親族の公正な扱い、さらには、すでに触れたように、家族構成員と関係する第三者の保護までも含むものと言わなくてはならない⁵。

1. 2. 4. 正義の実現とは何か

1. 2. 4. 1. 家族関係の複雑化・家族観の多様化時代の「正義」とは

紛争にまきこまれた家族構成員間での正義の実現といっても、どのようなことが正義の実現になるのであろうか。現代社会では、家族関係が複雑多様化しているためであり、そのような家族構成員間の紛争もまた複雑多様であり、そして、複雑多様な社会での正義の内容も単純なものではなくなっている。

⁵ 親族や第三者を含めて論じると、論点が多くかつ複雑になるので、以下、基本的には夫婦と親子という狭い家族集団を前提にして議論する。

1. 2. 4. 2. 当事者の納得の行く家事事件の終結（「解決」）

また、近年の動向として、法化社会との関係では、正義実現を図る場合、従来のように他律的性質をもつ訴訟という手続だけでなく、当事者が紛争処理に当たって、また、紛争処理の結果に対して納得ゆくようにするには自律的に紛争を処理してゆくことも強調されてきた⁶。正義もまたこうした自律的な手続によってどのように性格づけられるのかがとわれることになる。

1. 2. 4. 3. 実質的正義実現⇒実体法の精緻な解釈+手続法的保障（外観的正義）

複雑な社会になり価値観も多様化すると、何が正義かを定義することが難しくなってくる。法的な正義を実現するためには、これまで主として、条文や法原則をめぐって精緻な解釈が展開されてきた。しかし、こうした実体法による対応には価値観の多様化によって限界が生じてきた。多くの人にとって正義にかなうとされる解釈が、ある人々には不正義として理解されることもあり、どちらが「正しい」かがなかなか判断できないこともある。したがって、従来のように主として実体法の精緻な解釈による紛争処理だけでなく、その他にも紛争処理における「正当性」を説明するものが必要になってくる。そこで、手続的な保障の重要性が出てくるのである。

2. 家族間紛争の形態と特色

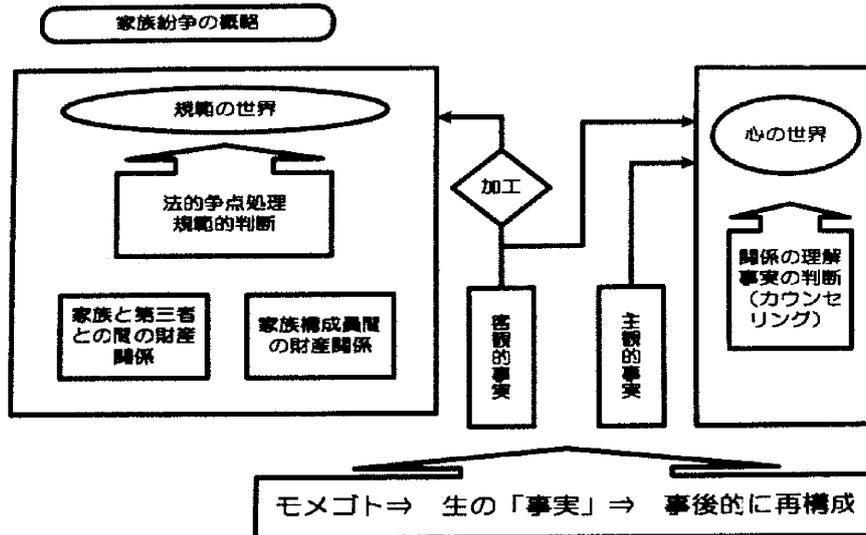
2. 1. 家族間紛争と家事事件の関係

家族構成員間で生じる紛争は、はじめにで触れたように、3つの性質をもっていると大別できる。あるいは、大別して論じることが出来る。第一は、人間関係をめぐる紛争（情緒的なもの）、第二は、財産をめぐる紛争、第三は、家族構成員外との社会関係をめぐる紛争である。

紛争（モメゴト）は、現実が生じる「生」の事実からなっているが、一度、紛争が生じてその処理が図られるのは、事後である。例えば、夫が不貞を働いた、その結果夫婦の関係が破綻したという場合、不貞の事実は過去のものとなっているが、破綻は現在の紛争である。家族をめぐる紛争では、過去の事実と現在の状況とが併せて処理されなくてはならないというやっかいな側面がある。

さらに紛争の事実が、すべて法的処理の場へ上がってくるわけではない。法的処理の場で処理しやすいように加工されてゆくことになる。その結果、紛争総体を処理したいと意識している当事者には、違和感をもたらすことになる。

⁶ 和田仁孝「裁判モデルの現代的変容」棚瀬孝雄編（1994年）『現代法社会学入門』129頁以下参照。



2. 1. 1. 人間関係をめぐる紛争

典型的な例は夫婦の関係破綻である。夫婦の一方と死別するまで共同して生活し、家族の機能とされる精神的・情緒的安定を相互に果たしてゆくことを誓った男女が、感覚・勘定などで折り合いが付かなくなって、関係がギクシャクし、関係を解消するという紛争である。愛憎渦巻く性質を持ち、相互に心の傷を深くもつ（自覚するかどうかは問わない）ことになる。ただ、夫婦が認識している「事実」は、必ずしも客観的な事実とは異なる主観的なものもあり（通常は、客観的事実と思込みとしか言いようのない主観的事実の両方による）、一方が何らかの理由で行動や認識を変えると関係が激変することもあり、さらに、夫婦の置かれた状況が変化すると夫婦の関係も影響を受けて変容するなどの特色をもっている。また、夫婦の関係破綻は、夫婦だけでなく、子どもがいる場合には、子どもの情緒や心理にも消しがたい傷を残すこともある（心の傷は果たして消えるのかは疑問である。本人が死ぬまで、傷としては残るだろう。ただ、それが常時疼くのか、時に疼くのか、あるいは疼かないように押さえ込むのか、あるいは疼きを忘れてしまうのかなど、人間の心は微妙で複雑である）。

この点では、人間関係をめぐる紛争は、①関わる人間の広がり、②時間による消失がないこと、③相互に関連して拡大や歪曲が生じること、④主観的な要因が重要あるいは決定的な役割を果たすこと、など（これらは可能性であっても）の特色をもつのであり、したがって、第三者がかかわってゆくことが極めて難しいものといえる。

人間関係をめぐる紛争の特色を整理すると、①主観に基づくことが多い、②相互関係性をもつこと、③流動的であること、④状況に左右されること、⑤エンドレスであること、ともいえる。

人間関係をめぐる紛争を処理は、当事者の主観による世界を前提として、当事者の全人格を対象にしなければならないのである。

2. 1. 2. 財産をめぐる紛争

これは、相続などに典型的に見られるものである。特定の集団内での財産をどう分配してゆくかをめぐって、家族構成員が対立するものである。家族構成員それぞれが「当然」であると考えた割合や基準で財産が処理されることになるので、計算になじむものであるといえる。しかし、ことは単純でない。この財産をめぐる紛争は、客観的な基準にのっとって処理できるはずなのに、ここでも当事者の主観的な事情や当事者の過去の関係や財産処理のいきさつなどが複雑に絡んでくる。

財産といっても、当事者はそこに個別的な「思いいれ」を持っている場合もあれば、額に関しても主観的な基準でそれぞれが計算することも多い。「泣く泣くもよいほうをとる形見分け」と揶揄されるように、財産をめぐる紛争が難儀な性質をもつのは、一方で計算可能な客観的性質をもち、客観的基準によって処理されるべきとなり、他方で計算のおよばない主観的性質をもち、それが当事者の主張に強く影響するという、複雑な構造をもっているからである。

財産関係をめぐる紛争の特色を整理すると、①客観的事実に基づくものとして処理出来る、②計算可能とされる、③しかし、当該の財産に思入れや思い出などが絡まって財産的価値だけでなく主観的価値が紛争の争点となることがある、というものである。その結果、財産の分割などにより紛争に終止符が打たれることが多いが、財産の分配のあり方によっては、いつまでも当事者間の紛争あるいは対立の種になる可能性がある。

どのような性質をもっていたとしても、財産の問題は、財産分割という側面だけでなく当事者の紛争後の生活に重大な意味をもっている。

さらに、次の論点とも関係するが、財産をめぐることは、家族構成員以外の者との法的関係が問われる場面も多い。例えば、離婚における財産分与請求をめぐっても、実質的には夫婦の共有とみべき財産が夫婦の一方の名義で登記されている場合に、名義人配偶者の債権者に対して、実質的所有者である他方配偶者は自己の権利を主張出来るか、夫婦の一方の債権者が財産分与請求権を代位請求できるのか、離婚に直面した配偶者の一方が婚姻財産を第三者に譲渡した場合、他方配偶者は詐害行為として財産を譲受した第三者に対して目的物の引渡を求めることが出来るのか、遺産分割において相続人の一人から持分を譲受した第三者は持分をどのようにして具体化できるのか、など、家族の財産に対して第三者が関わる可能性がある⁷。この点では、家族の財産をめぐる争点は、家族構成員内部だけでなく、第三者を巻き込むことになるのである。

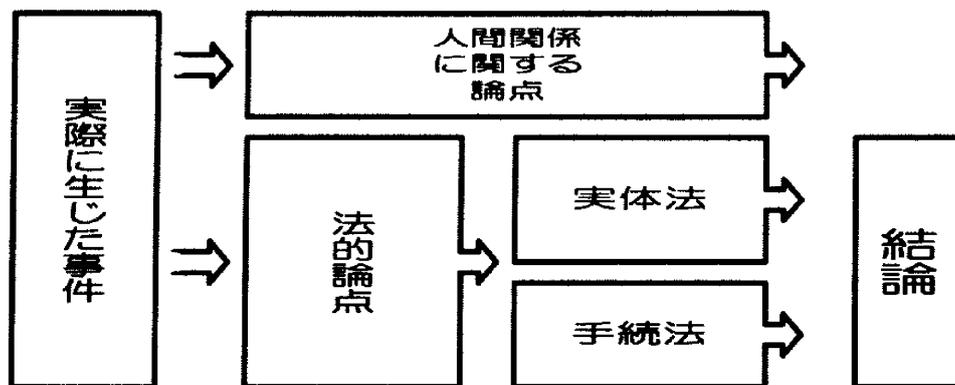
2. 1. 3. 家族構成員外との社会関係をめぐる紛争

家族構成員の紛争は、その影響が直接間接を問わず、構成員外の者との関係を含め家族外の

⁷ 最判昭和55年7月11日家月報32巻11号52頁、東京地判平成16年10月25日金融・商事判例1230号22頁など参照。

事項が紛争の要因となることがある。例えば、これまでは離婚は「隠すべきもの」としてとらえられてきたが、現在では、複雑な思いがこめられているとは思われるが、「バツイチ」などと日常生活のうえでもそれほど抵抗なく語られるようになってきている。家族における紛争は、プライベートな場での問題なので、他者から隠すとか、特定の他者には援助を求めるとか、の問題にも広がる。

家族が他者や社会とのつながりの中で存在している限り、紛争もまた、家族外との係わりのある争点を含むのである。



2. 2. 法化社会・司法への参加（当事者の主体的関与）

家族構成員間の紛争は、私的な領域での性質をもっているため、家族内での処理が第一になされる。協議離婚制度にみられるように、民法が協議離婚を導入したのは、主体性を持った当事者の自律的処理に離婚を委ねるところに意味があったというよりも、婚姻破綻という家の恥を外に出さないで処理する点に重点がおかれていた。すなわち、国家法による処理から距離を置くところが重要とされたのであった。しかし、近年は、こうした私的領域での紛争処理に対して満足しない人々の傾向や、紛争それ自体をあいまいな基準ではなく、適切な手続きにのっとして客観的な判断基準を適用することで処理したいとする傾向などが強く見られるようになった。いわゆる法化現象である。

その結果、家族間紛争が司法の場で処理されることになってきた。その結果、家族構成員の生の紛争が法的紛争＝家事事件として処理される傾向をとるようになってきている。

こうした現象は、当事者の意識（法意識）だけでなく、そうした意識を支持する社会的仕組みが整備されることで見られるようになってきたが、家事調停にせよ人事訴訟にせよ、毎年、増加傾向（微増であるとはいえ）がそうした動きを反映しているといえる。

2. 3. 家事事件の統計的変遷

家事事件は、後に触れるように、家事調停、家事審判、人事訴訟、民事訴訟に大別されるが、このような事件が現行法のもとで、どのように変化してきたかについて統計的な数値で概要を抑

えておきたい。

事件によって若干違いが見られるが、1970年代中頃よりどの事件も増加が顕著となっている。これは、1970年代前が当事者の適切な合意が形成されて紛争が処理されていたということではなく、当事者のどちらか一方が「泣き寝入り」をしていたために、紛争が顕在化されなかったのではないかと思われる。また、遺産分割事件などでは、社会構造や経済状況の変化によって、相続の対象となる財産の価値がかつてよりも重みをもってきたことの反映でもあろう。人々の権利意識や行動の変容と、家族の背後にある社会変容の影響が、人々の法行動にも現れたと言えるだろう。

このように、人々の法行動が変容すると、紛争を処理する手続や制度がどの程度整備され、また、適切なものかが人々の権利義務の実現にとって決定的に重要な意味をもつことになる。

図1

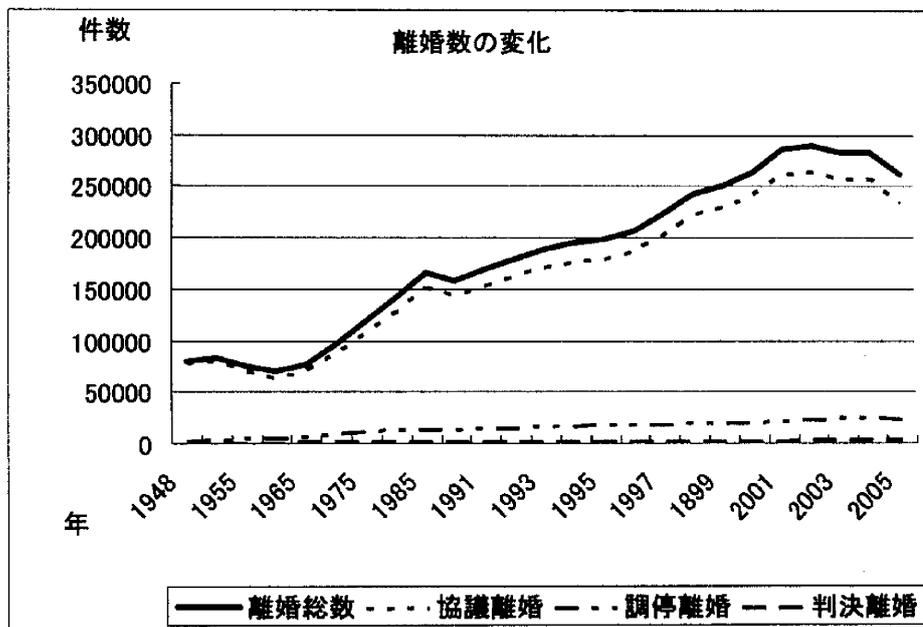


図 2

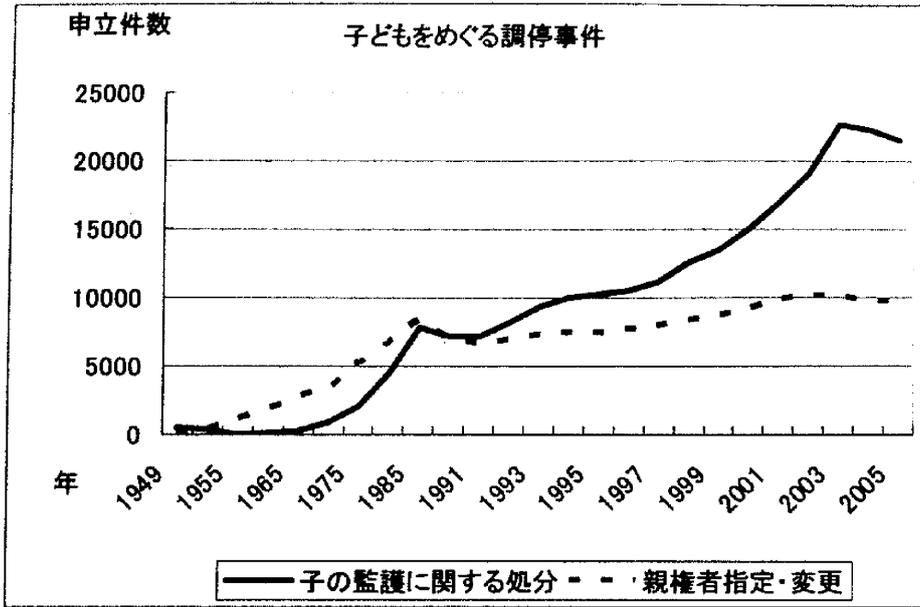


図 3

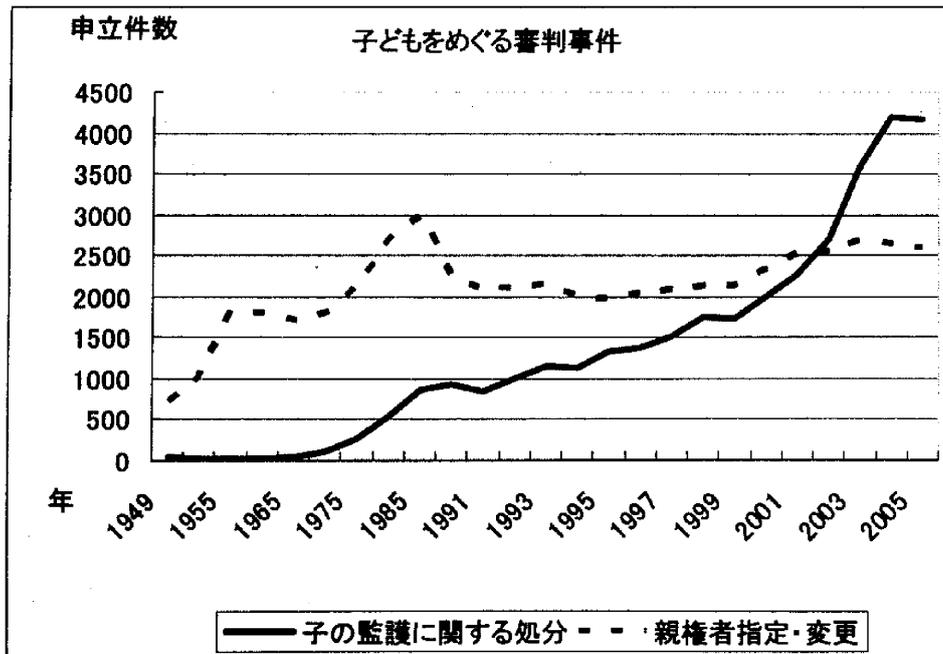
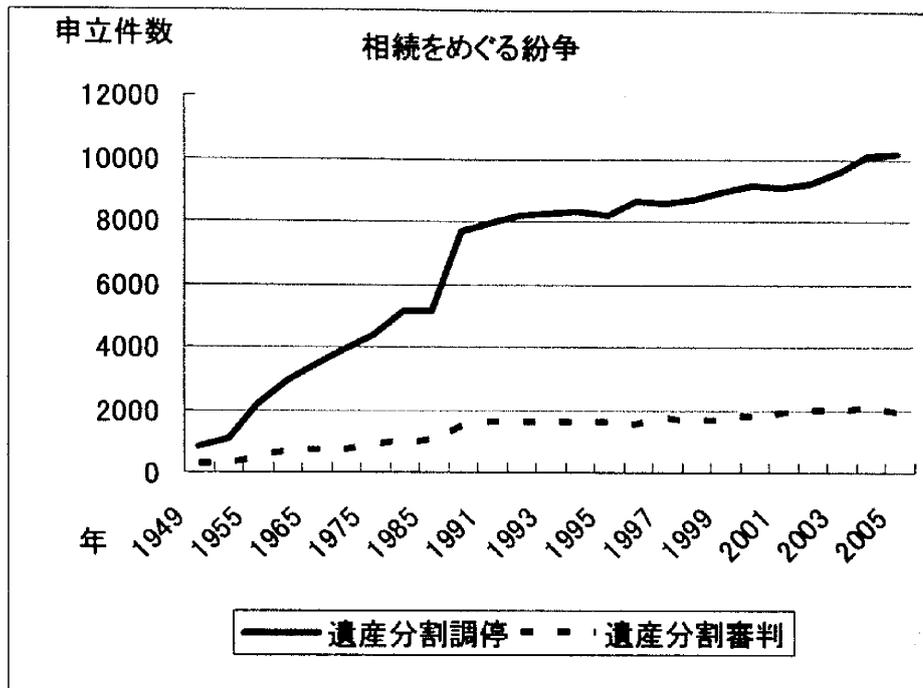


図4



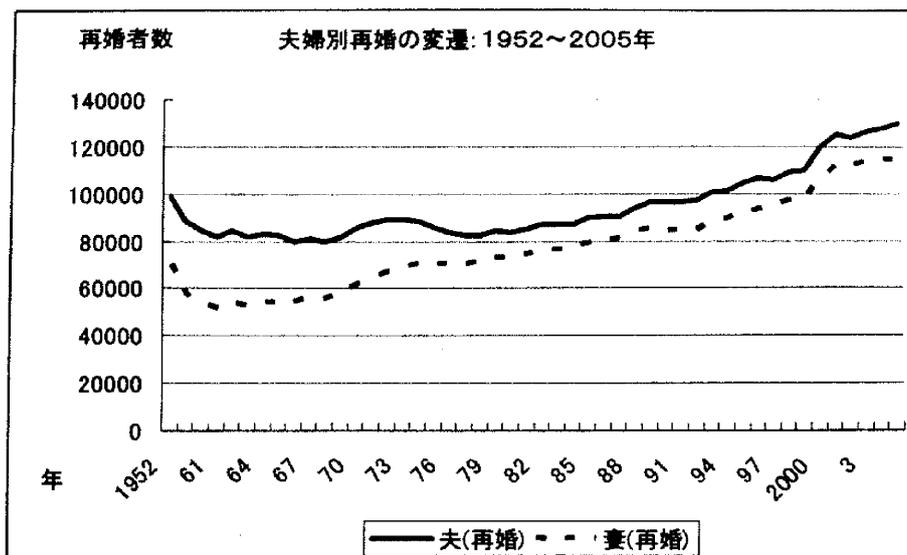
*司法統計年報より作成

2. 3. 1. 現行法のもとでの、家事事件を含む家族をめぐる紛争は前述のような数値を見せてきた。婚姻数は上昇を続けてきたが、1970年代に団塊の世代が婚姻適齢期に入った時と、1990年代後半から団塊の世代の二世が婚姻適齢期に入った時に上昇傾向を強く見せるたが、全体としては減少している。また、婚姻年齢も上昇すると同時に、1990年代以降は男性の未婚率が顕著になっている。

次に、離婚数は、1960年までは減少していたが、その後、反転して上昇し、1983年にピークに達した後に減少し、1991年から上昇し、その後若干減少するという複雑な変化を見せている。ただ、婚姻数に対する離婚数の比率は一貫して上昇しており、離婚が珍しい現象ではなくなっていると言えよう。

離婚との関係では、再婚数もまた増えている。再婚の傾向は男性と女性では異なるが、全婚姻数（あるいは全世帯数）に対する再婚家庭（再構築家族）の割合は明らかに増加傾向を見せてきた。夫の18パーセント程度、妻の14パーセント程度が再婚である。

図5



*人口動態統計より作成

2. 3. 2. このような家族の変化を背景にして、家族の紛争が裁判所に持ち込まれる事例も増えてきている。

2. 3. 2. 1. 第一に、家庭裁判所における家事相談が増加している。また、その内訳は以下のような傾向を見せている。

2. 3. 2. 2. 家事調停は全体数として増加傾向を見せている。すでに図で示したように、大きな変化は、①離婚事件が主である夫婦の関係をめぐる事件、②子の親権者指定変更をめぐる事件、③子の監護処分をめぐる事件、④子の氏の変更をめぐる事件、⑤遺産分割をめぐる事件、などであり、離婚をめぐる事件と相続をめぐる事件が、家事調停の主たる部分を占めていることがわかる。

2. 3. 2. 3. 家事審判もまた増加傾向を見せるが、その中でも、①争訟性のある乙類事件、②子の監護処分をめぐる事件、③子の親権者指定変更をめぐる事件、④遺産分割をめぐる事件、の増加傾向は著しい。審判事件の増加は、当事者が話し合いでは紛争の処理が出来なくなり、裁判所における公的な手続と法という客観的基準にのっとって紛争を処理への志向を強めたことを反映していると思われる。

2. 3. 2. 4. 2007年度の統計では、人事訴訟法事件は、11,423件であり、離婚事件は87.5パーセント、離縁事件が2.8パーセント、認知事件が2.2パーセント、親子関係事件が3.5パーセントとなっており、離婚事件が大多数を占めている⁸。離婚事件は、家事調停で終結し（離婚訴訟は1パーセントにも満たない）、訴訟になっても和解で処理されることが多い⁹。しか

⁸ 最高裁判所事務総局「家庭裁判所事件の概況」家月59巻1号33頁以下。

⁹ 和解は、39.3パーセント、取り下げが12.5パーセントである（最高裁判所事務総局前掲35頁。）

し、微増であっても、人事訴訟事件とりわけ離婚訴訟は近年増えているといえる。結果的には和解で処理されるにしても、訴訟に持ち込もうとするメンタリティが10年、20年前に比べて強くなってきたことは指摘できる。

2. 3. 2. 5. 民事訴訟は、内縁関係をめぐる慰謝料請求であるとか、遺産をめぐる争訟などが対象になるので、事件それ自体は限られる。ただ、ここでも事件数は増加傾向を見せている。

現行法のもとでは、内縁関係をめぐる紛争は、親族をめぐる紛争に準じたものとして調停によって処理することができるが、調停が不調に終わると、その先の正式の手続は用意されていない。したがって、たとえば、内縁関係の不当破棄はまず調停において損害賠償を協議することが可能であるが、調停が不調に終われば、人事訴訟法における附帯処分としては処理できず、純然たる民事訴訟として処理するほかない。

また、相続をめぐる紛争においても、遺産分割などをめぐっては、調停および審判で処理することが可能であるが、遺産分割の前提問題となる遺産の範囲の確定になると、当事者間に争いがある限り、民事訴訟で対応するほかない。現人事訴訟法が制定されたときに、こうした事項に関しても、家裁が処理できるような制度改革が指摘されたが、新たな手続きにはならなかった。

3. 家事調停の特色・守備範囲・限界

3. 1. 家事事件の形態と特色

3. 1. 1. 家事事件の形態

家事事件は、①家族構成員としての地位をめぐる紛争（配偶者の地位とか嫡出子としての地位など）、②家族構成員としての権能をめぐる紛争（親権濫用や子の引渡しなど）、③家族構成員の財産をめぐる紛争（財産分与とか扶養料請求とか遺産分割など）に大別した。

3. 1. 1. 1. 家族構成員としての地位をめぐる紛争は、婚姻・離婚・縁組無効の争い、離婚、親権者の指定、認知や親子関係存否の争い、相続回復請求（相続財産を争うものだが、第一には相続人であるかどうかの地位が問われる）などを挙げることが出来る。この争いは、当事者の間に家族関係があるかどうか、あるいは、家族関係があることでどのような法的効果が生じるかをめぐる紛争である。

この紛争では、共同生活をしてきたとかDNAにより親子の関係が否定されないなど客観的事実や当事者の意思（意思があったかどうかであって、～つもりであったというような主観的要素は排除される）が紛争処理において決定的に重要となる¹⁰。

3. 1. 1. 2. 家族構成員としての権能をめぐる紛争は、親権濫用による親権喪失、別居する子の引渡し請求、相続した居住権に基づく妨害排除請求など、家族構成員であることによ

て与えられる法的地位（権利義務）の行使の可否や行使の内容をめぐる紛争である。

この紛争では、当事者の熱意など主観的な要素もさることながら、当事者の行動や当事者のおかれている状況など客観的要素がいつそう重みを持って検討されることになる。

3. 1. 1. 3. 家族構成員の財産をめぐる紛争は、離婚における一方配偶者からの財産分与請求や離婚後の未成年子に対する扶養料をめぐる紛争、あるいは、遺産分割請求など、家族構成員がその家族という地位を有することに基づいて、財産をめぐる争われるものである。

この紛争は、当事者の法的地位や、その他当事者の関係の内実が検討されて処理されることになる。したがって、財産の価値や当事者の収入など客観的な事情が主として検討されて、当事者の主観的要素は基本的には考慮に入らない（はずである）。

3. 1. 2. 家族をめぐる紛争と家事事件の違い

すでに触れたように家族をめぐる紛争は、当事者の全人格をかけたものであって、総合的な性質をもっている。当事者の生活のすべてが関わるものであって、当事者は、紛争から生じる様々な論点を総体として一挙に「解決」あるいは終結させたいと願うものである。

当事者は、当事者がそれぞれに抱えている感情、時間の経過の中で当事者の関わり方、思い込み、思い入れ、社会通念（あるいは常識）、時には、法的情報などが絡み合った状況の中で、紛争を理解し、それに対応しようとするのである。

しかし、家事事件は生の紛争とは距離をおいたものである。第一に、当事者が主張する「事実」を大前提にして紛争を処理するわけではなく、法的に意味のある「事実」だけが取捨選択されて扱われること、第二に、当事者が主張する「事実」は、法的な処理がしやすいように法的な用語や概念で翻訳あるいは加工されて紛争処理の場に現れること、第三に、法的判断基準は社会通念や社会常識と常に同じとは限らないこと、第四に、法的処理においては法が出来ることのみ対象とすること（基本的には強制することによって結果を実現できる事項に限って法的処理の対象とすること）、などの点で、家事事件は、生の紛争の真っ只中にある当事者が期待するものと完全に一致する土俵にはなっていないのである。

例えば、夫婦の関係破綻から離婚が問題になっている場合を措定してみる。妻が夫は他の女性と親密な関係があると主張しても、まず、そういう事実が証明されなければ法的土俵で扱われることにはならないし、また、それが法的には「不貞」と翻訳できるものかどうかとも問われることになる。妻にしてみれば「自明」の事実なのに（本人にとっては動かしがたい事実なのである）、法の土俵に持ち込むと、彼女の認識する「事実」（親密な関係がある＝不貞であると

10 ただし、父子関係を例にとると、二つの矛盾する原則が家族法には見られる。男性の意思によって父子関係を認めることが出来る任意認知の制度があり、他方では、男性の意思にかかわらず裁判所が父子関係を確定する強制認知制度がある。任意認知や嫡出否認制度における否認の時間制限は、父子関係が客観的事実に基づかなくても発生することを意味している。

本気でそう認識しているのであり、紛争処理に有利なので主張するのではない」と、法の世界での事実が乖離することもありうる。また、夫は不貞をしたといえる場合には、妻は慰謝料請求が当然出来るとしても、夫に支払い能力がなければ、法は無力であるが、妻としては非行を働いた夫は結局「振り逃げ」ではないかと考えるだろう。

法的土俵においては、判決や調停調書によって法的正義を宣言することは出来ても、それを実現するためには、当事者がそれを担う資力などがないと、宣言の具体化は難しい。そして、これが法的紛争の終結である。しかし、当事者にとっては紛争の終結どころか、依然として納得のゆく終わりを迎えているわけではない。紛争が「真に」終結するかどうかはともかくとしても、法的終結が「終結」とは受け取られないのである。

これは家事調停という当事者の協議という手続でも大なり小なりいえることである。調停は、当事者が了解あるいは納得を経て合意を形成すると手続と理解されているが（法的には枠がはめられているとしても）、調停で「協議」出来る事項は、限られていると言わなくてはならない。また、法的事項となれば、通常、家族紛争の直接の争点でなくとも、協議に乗せることが出来るという柔軟性まで持っているのである。いずれにしても、法的事項であれば調停で処理の対象となるが、それ以外の問題については、調停で何かを決めるということにはならない。

たとえ調停の場で、妻が夫に対して「頭を下げろ」と主張し、夫が頭を下げたとしても、それが本当の紛争の終結になる保証はどこにもない。家事紛争の「真の」終結は当事者が相互にきちんと納得して紛争を受け止めてゆくことであるので、法的紛争処理との溝は超えがたい。この違いを的確に理解しないと、法的紛争の終結と家事紛争の終結の双方とも適切に行えないことになる。

繰り返すと、家事事件の処理とその終結は、あくまでも法的事項が核となるものであり、それに尽きるのである。

3. 2. 制度の上での特色と限界（問題点）

3. 2. 1. 家事調停制度の特色

3. 2. 1. 1. 原則として当事者が決定権をもって紛争を処理できる。

家事調停は、当事者が調停の場で、協議によって争点を理解して合意を形成する手続である。紛争当事者は、申立によって調停を開始することが出来るし、申立人はいつでも申立を取り下げることが出来るので、調停開始と終了についての自律的判断権限を有している。しかし、同時に、調停委員会にも調停として不適切（あるいは調停が成立する可能性が全くない）と判断される場合には、調停を受理しないことも可能であり（審判や訴訟での紛争処理が残された方法となる）、また、調停で当事者の合意が法的観点から不適切と考えられる場合には、調停を不成立にする権限が与えられている。その点では、当事者が決定権をもって紛争を処理する手続と言い切れない性質をもっている。

3. 2. 1. 2. 訴訟のように「敵対的」構造ではない紛争処理である。当事者の希望により、同席・別席調停が出来る。

調停では、申立人と相手方による協議を通して合意を形成することが重視されるので、訴訟手続に見られるように制度上での「敵対的」要素はない¹¹。もちろん、現実には、当事者の関係が対立するからこそ紛争になるのであって、当事者が敵対的な関係であることは否定出来ない。しかし、調停を進める手続では、原告と被告に分かれて自己に有利な主張と相手に不利な主張をして、自己の権利を実現するといういわゆる対審構造の要素は見られない。

そこでは、調停委員会の支援によって、当事者が紛争の実態を理解して、争点を整理した上で、それぞれの判断によって納得の行く合意を形成するという形がとられるのであり、時には自己の利益を押さえたりしながら具体的に適切と受けとめられる結論を導き出すのである。

調停は、協議である以上、本来は当事者が対面しながら情報をやり取りして了解出来る結論に至るということが想定されている。制度の上で協議という以上、当事者自身が協議を行うのであって、協議の場には当事者が参加しなくてはならない。当事者出頭が原則である以上、協議の場でも当事者が同席することこそ重要なのである。

当事者は、調停前の段階で、関係が悪化しているために、落ち着いた話し合いが出来ないとか、顔も見たくないという状況に行き着いていることが多い。そのために、理性的な協議がなされないので、家裁での調停を利用するに至るのである。したがって、調停委員会が調停を主宰することによって、可能な限り直接の話し合いを当事者が出来るような場をつくり（安心できる場というだけでなく、争点などの整理を含める）、話し合いで合意に至るよう当事者を促すのである。当事者が直接情報を交換することが、相互の理解を促進する有効な方法であることは疑いない。

しかし、現実には同席で調停が行われることが少なく、別席調停が主流となっている（原則と特例の逆転と言える）。調停では、当事者が直接対面すると、暴力絡みの事件などでは、一方当事者に不測の危害が加えられる可能性もあるので、別席調停（調停前置主義がとられているために、暴力が深刻な事件であっても原則として調停から始めなくてはならない）も有効な方法である。

多くの事例では、当事者の一方は、他方と同席して調停を進めることに消極的である。確かに、顔も見たくないから紛争が生じ、さらに、双方が冷静に協議出来ないから調停を申し立てるのであって、当事者双方とも相手とは顔をつきあわせたくないという心情は理解できる。

しかし、当事者の心情が理解出来るからと言って、別席で調停を進めて行くのには理論上も実務上も問題がある。言い換えると、別席調停は、当事者の自律的紛争処理という調停の側面

¹¹ 近年、訴訟を敵対的な構造としてのみ捉えるのではなく、当事者が解決を目指して共同作業を行う場であるとか、フォーラムセッティングの場であるなどの指摘がなされている。そして、可能な限り裁判官が下す判断に当事者が納得出来るような仕組みや運用が論じられていることは留意しなくてはならない。

を重視する以上、自律的という調停の基本原則と整合性を持たないものとなっている（なお、後述する調停裁判説、調停合意説、調停判断説によって評価は異なる）。

繰り返すことになるが、対立して冷静な話が出来ない当事者に対して、頭を冷やして争点を理性的に処理する場が調停であり、また、そうした場で当事者が合意に至ることが紛争処理としては大切なのである。そして、当事者が顔をつきあわせることによって、相手がどのような状況にあり、また、どのような主張をしているかを実感することが出来る。調停の利点とは、途絶えてしまっていた当事者のコミュニケーションをある程度回復して、協議が出来るようにする場を設けるという点にあり、それを提供しない限り、当事者が納得行く紛争の終結を導くことは、困難であろう。

別席調停で調停委員¹²を介して当事者が情報を交換しても、第一に、相手方の本当の姿を実感することが出来ない、第二に、調停委員が情報をコントロールする可能性が否定出来ない（現実には、調停委員は当事者の発言そのままを鸚鵡返しする訳ではない）¹³、など、自分たちが紛争の当事者であり、自分たちが紛争処理をしているという理解には到達しないだろう。結局のところ、調停委員の話にのって貴方任せでモメゴトを処理したという認識しか残らない。同席調停を行わないことのデメリットはこうしたところに出てくるのである。

3. 2. 1. 3. 合意によって紛争を処理することが出来る。

モメゴトを処理する方法は大別すると二つある。第一は、他律的処理であり、裁判官により結論が下される訴訟が典型的なものである。第二は、自律的処理であり、当事者が納得した上で合意してモメゴトを終結されるものであり、調停がこれに当たる。

調停における争点は、法的事項に限られるが、法的事項を当事者の合意によって処理することが出来る手続が調停である。本来、法的争点は、客観的基準に則り、公正な第三者が適切な判断を行った上で、処理されるから当事者の保護になると同時に、法的正義も実現されると解されている。しかし、調停では、当事者の合意こそが決定的に重要であるとされるのである。そして、一定の枠の中で許されるという限界はあるものの、当事者が合意によって法的争点に決着を付けることが出来るのである。

3. 2. 1. 4. 訴訟と異なり、相対的に法規範に拘束される度合いが低いので、柔軟な対応をすることが出来る。とりわけ手続的側面での柔軟性があること。

当事者が調停において合意をする場合、その合意形成の基準となるものは、原則として法規

¹² 調停委員会は、裁判官と調停委員から構成されているので、調停委員会を介して情報交換という言い方をしなくてはならないが、裁判官が当事者と同席して調停に臨むというケースは極めて限られており、現実には調停委員だけが当事者に接しているのである。

¹³ 調停委員は、当事者双方から情報を得ているので（情報が本当に正確かは確認出来ない）、一応全体像を把握している。そして、当事者双方から出てきた情報を、相手方に伝える場合でも、全体を見通した上で、言葉を選んで発言するのである。こうしたアプローチの仕方やその目的が適切かどうかの評価を脇に置くとしても、調停委員による情報「操作」「加工」であることは否めない。

範でなくてはならない。しかし、調停では、現行法の大枠をはみ出すことは許されないが、調停規範と言われる調停における判断基準が適用されて、厳格な実定法の基準からある程度離れた結果となっても許される。また、法律ではなく、条理などもまた調停における合意を形成し、また、形成された合意が適切なものとして受け入れられることが可能である。すなわち、合意の適切さを判断する実体法的基準の幅が総体的に広がっているのである。また、調停の合意には、厳格に精査された証拠を必要としない¹⁴。当事者の主張した「事実」に基づいて、合意を形成し、かつ、それを合法的なものとして扱うのである。この点では、民事紛争処理における手続法的要請が緩和されているのである。このような対応が許されることによって、合意形成を促し、また、形成された合意が適正なものとして位置づけようというのである。

もちろん、法的に柔軟な対応が出来るからと言って、法的保護に欠けるということはほとんどない。すなわち、後にも触れるように、当事者の合意内容は、調停委員会の構成員である裁判官によって最終段階で検証されるのであり、もし、裁判官が法的観点から問題があると判断すれば、合意の修正を当事者に求めることが出来るだけでなく、合意そのものを成立させないことも可能である。

3. 2. 1. 4. 1. 調停当事者・調停事項に関する柔軟性：婚姻・家族・親族・関係者などに関わる紛争事項であれば、それを対象とすることが出来る。

また、民事訴訟では訴訟当事者や訴訟物が、厳格な基準によって決められており、形式に違背すると訴えそれ自体が受け入れられないことになる。しかし、調停では、こうした点も緩やかな処理が可能となっている。例えば、離婚をめぐる紛争の場合、当事者は夫婦である。従って、離婚訴訟の当事者適格を有するのは、夫婦のみである。しかし、調停の場合には、対立する夫婦だけでなく、合意形成の過程で必要と思われる場合には、夫婦以外の者を調停手続に参加させることが可能である。妻が離婚慰籍料を夫に迫ったとしても、妻の本心は夫が未払いになっている親への借金を返させることである、というような場合、妻の親も調停の場に出席して具体的な協議を行い、夫が妻の親に借金を返すことを約束して、妻は慰籍料請求をしないという合意を形成することは可能である。つまり、当事者が調停当初に問題とした争点ではなく、「敵は本能寺にあり」という事例でも、当事者のモメゴト終結にとって有益であると判断されると、当事者や争点について柔軟な扱いが許されている。

3. 2. 1. 5. 訴訟に比べて、安価・迅速な対応が可能である。

訴訟には時間と費用がかかることは「常識」になっている。現在、司法の場では、こうした異常な事態を解決するために努力がなされており、集中審理方式や事前の争点整理などが活用されることによって、訴訟期間なども徐々に短縮されてきている。しかし、厳格な手続を適用して正義を実現する訴訟は、時間と費用がかかることは否定出来ない¹⁵。調停の審理期間は、最新の統計によれば、乙類調停で平均5.2ヶ月、乙類以外の調停（離婚などの調停はここに入

¹⁴ 手続上、厳格な証拠を提出させる仕組みも、また、それを判断する構造も調停には用意されていない。

る)は平均4.1ヶ月である¹⁵。

調停は、費用の点から言えば、弁護士を代理人として雇用する費用は別にして、どのようにかかろうとも、申立費用は1,000円前後である。また、調停終結まで、平均3ヶ月がかかるに過ぎない。こうした点で、調停は、モメゴト当事者にとって訴訟に比べると便利な手続とすることが出来る。

3. 2. 1. 6. 調査官関与によって科学的な支援を提供することが出来る。

家庭裁判所には、調査官が置かれている。調査官は、精神医学の専門家と言ってもよい能力を有する者であり、絡んでほどけない状態になっている当事者の人間関係を協議が出来る程度に修復する働きかけをしたり、未成年の子どもに関する事件の場合には、子どもの行動や精神状態を適切に理解して報告する役割を果たすものである。すべての事件に調査官が関与するわけではないが、司法の場で、法律の側面からだけでなく、人間関係の視点から事件を把握して当事者全てにとって適切な結果がもたらされることが出来るよう、支援を提供するのである。

家庭裁判所という司法機関において、法律的事項だけを扱うのではなく、事件全体を見通すための重要な役割を担っている調査官制度は、比較法的には現在多くの国で同じようなものが導入されているが、歴史的には特色有る制度であった。

3. 2. 1. 7. 合意が形成された場合には、判決と同じ効力をもつので、結果を法により確保することが出来る。

当事者の合意が一度形成され、また、その内容が現行法の基本原則に反しないと、有効な合意として調停調書に記載される。そして、調停調書は判決と同じ効力をもつので、当事者はその内容に拘束されることになる。また、調停条項に違反する場合には、裁判所は申立に基づき、義務者に対して調停条項を実現するよう強制することが出来る。調停条項の履行に関しては、履行勧告や履行強制が制度化されており、また、履行強制も当事者の救済をより一層強化するために執行方法も改正されて、権利者保護が強化されている。

3. 2. 2. 家事調停制度の限界：当事者に取り下げ権・非協力

3. 2. 2. 1. 調停の取り下げ権が当事者にあること

調停が自律的紛争処理手続の性質をもつと言える一つの理由は、制度上、調停当事者は申し立てた調停を取り下げることが可能な点である。取り下げは、簡単な手続でいつでも可能であり、当事者の自由意思でモメゴト処理が図られることの表象でもある。自由に申立を行い、自由に調停を取り下げることが保障されているのである。

15 最高裁判所ウェブページによると、地方裁判所での審理は、通常事件で1992年には10.9ヶ月であったものが、2002年には8.3ヶ月に短縮されている

(http://www.courts.go.jp/saikosai/about/iinkai/zinsokuka_kentoukai/01/siryos5-2.html)。

16 最高裁事務総局前掲30頁。なお、1996年の数値と比較すると、それぞれ6.2ヶ月、4.2ヶ月であったので、若干とは言っても短くなってきていると言えるだろう。

3. 2. 2. 2. 調停進行への協力は当事者の意思にかかっていること

また、調停進行への協力も当事者の自由な意思にかかっている。相手方は調停に応じなくても強く非難されないだけでなく、民事訴訟における擬制自白の扱いをされることはない。民事訴訟では、一度「喧嘩をふっかけられる」と、最後まで争う必要があるが（途中で和解になったとしても、原告に付き合う必要がある）、調停は当事者の合意を目指す手続であるので、合意形成に協力したくないと相手方が強く主張すれば、合意形成を諦める以外ないのである。つまり、訴訟のように期日に欠席することによって不利益を被ることはない。相当の理由なく調停に応じない場合には、過料を課す規程はあるものの、有名無実である。それは、調停が自律的紛争処理の手続であることを強調すればするほど、有名無実でなくてはならない。自律性と強制（調停に出るような圧力）は、理論的には相容れないからである。

調停の実態を見ると、調停不成立の割合と調停取り下げの割合は決して低くないことが分かる¹⁷。そこで、前述の調査官などが支援することによって、出来るだけ相手方が調停に協力することが期待されるのである。

3. 2. 2. 3. 事実の確認をめぐる問題⇒当事者の提出する資料のみが判断材料となること⇒証拠の認定が難しいこと

調停手続は民事訴訟とは異なるので、そこで扱われる証拠や当事者の主張が果たして真実あるいは事実なのかを確かめる手続や手段はない。調停委員は、当事者から様々な情報を提示してもらうことによって事件の全体を理解するに止まるのであって、当事者を「信じる」ほかないのである。調停委員会は、その構成委員がどれほど調査や洞察能力に優れていたとしても、当事者の提示する情報（当事者にとって都合のいいものに限られたり、決定的に重要な情報が隠されることもある）にのみ基づいて、当事者の主張を理解し、時には調停案を作成呈示することになる。

調停委員会は当事者が提出する様々な情報が果たして正しいモノなのかどうかを判断する手続も手段もないのである。当事者が合意に至ったとしても、当事者が間違った情報に基づいて合意を形成したかも知れないという場合でも、調停委員会はその適否を確定的に判断するのは難しい。情報を当事者が対審構造の中で争い、その正確さを第三者がある程度分かるようにはなっていないのであるにもかかわらず、調停委員会は、そこには目をつぶって、合意の適否を判断しなくてはならないという難しい立場におかれるのである。

同席調停でもなされていれば、情報が当事者から呈示された時に、相手方が何らかのコメントを直接することによって、情報提供者の様子を調停委員が評価することは出来るが、別席調

¹⁷ 1996年と2005年との比較をすると、全調停の不成立率は15.3パーセントから18.0パーセントへ、取り下げ率は33.6パーセントから29.3パーセントへととなっている。乙類調停では11.2パーセントから13.1パーセント、28.3パーセントから27.0パーセントになり、乙類以外の調停では17.3パーセントから21.3パーセントへ、36.3パーセントから30.9パーセントへととなっている（最高裁判所事務総局前掲29頁参照）。取り下げは、その後、当事者が裁判所外で協議をして紛争を終結させることもあるが、その割合は不明である。

停であるとそうした可能性もない。

3. 2. 2. 4. 不確定要素をカバーできないこと

調停は当事者の合意によって成立するとは言っても、司法機関で行われる営みである以上、法的要請による制約がある。例えば、すでに触れたように、調停調書は確定判決と同じ拘束力をもつという利点は、同時に、確定判決におけると同様に法的に実現確定な内容をもっていないわけではない。子どもの養育費などをめぐって、しばしば将来かかると推計される養育費を一括して請求される場合がある。子どもを引き取って育てる一方の親は、他方の親を親としても配偶者としても信用していないことが多いので、離婚に際して、養育費の継続的支払いを相手方が確約しても了承せず、離婚時に一括してまとめて払うよう求めることがある。

調停は柔軟な解釈や運用をすることと言っても、調停調書が拘束力を持ち、義務者に義務の履行を強制することが可能である以上、その義務の内容は確定される必要があるとの前提を崩すことが出来ない。そこで、将来の扶養料は事情の変化によってどのように変化するかも知れないので、そのような不確定な内容の調停は受け入れられないことになる。

権利者は不満に思うことが多いけれども、調停が法的手続の一つで有る以上、こうした制約は限界と位置づける以外ない。

3. 2. 2. 5. 当事者の事情によって結論が左右されること

調停は、当事者の合意による紛争の終結であり、柔軟な対応をすることが出来るために、当事者の事情が合意に影響を与えることがある。訴訟であれば、現実を全く無視した結論は出せないが、権利があるものはあるとして明確に権利の存在を認めることになる。当事者の支払能力が皆無でも、理論的にはそこに義務があると判断される限り、支払の義務を判決で明言することになる。

しかし、調停では、当事者の事情から判断して、支払能力が欠如していれば、権利者に権利のあることが明々白々でも、調停調書に支払義務を明記することはないだろうし、あるいは、調停そのものが成立しないという流れになろう。調停論によっては、解釈が異なると思われるが、調停が具体的かつ柔軟な対応を念頭に置いている限り、当事者の属性や事情が、調停の結果に影響することは否定できない。

3. 3. 現行法のもとでの家事調停制度の位置づけ

3. 3. 1. はじめに

調停の特色は前述したようなものがあるといわれるが、こうした特色をもつ調停は現行法のもとではどのようなものとして性格づけられているのであろうか。家事調停の本質をめぐってこれまでなされてきた論議を整理すると以下のようなになる。

3. 3. 2. 調停裁判説¹⁸

調停裁判説は、調停が前述の特色をもつといっても、家裁という司法機関において行われること、家事審判法による手続きによって進められること（調停の運用について詳細な規定はないということも出来る。家事審判法、家事審判規則には調停の運用についての規定はあるが、民事訴訟法のような詳細な規則はない。まさに、そうした詳細な規定によって運用をギリギリとしばらないところに調停の特色があるから当然といえば当然である）、調停委員会は当事者に結論を提示することが出来ること、調停委員会は調停当事者の意図に反してでも調停を不成立にすることが出来る、いったん調停で合意が成立して調書が作成されると判決と同等の強制力をもつこと、などの点からみると、調停は当事者の自由な判断によってなされる合意ではなく、調停委員会＝裁判所が結果を強制する裁判とほぼ同じような性質をもつ、とする。

3. 3. 3. 調停合意説¹⁹

調停合意説は、「裁判と違って、裁判所が一方的に判断（判決や決定・審判）を下さすのではなく、あくまでも当事者の合意による解決をめざして、①双方の意向聴取、②調停案の作成（調停判断の呈示）あるいは双方の利害調整による合意への説得、③調停による合意の成立、の順序で進められます」とされる²⁰。調停の当事者は、自分たちの責任で情報を提供し、また、それに基づいて合意を形成するという点が重視されるのである。そして、調停委員会は、「土手の見張り」のようなものであり、当事者の合意形成を促す役割を果たすにとどまり、ただ、当事者が現行法の観点からみて、不当な合意を形成する（おそらく洪水状態）危険性がある場合に、当事者に対して警告を発したり、当事者の合意を修正する役割を担うに過ぎない。あくまでも調停の基本は、当事者の合意が核であり、調停委員会は脇役に過ぎないというのであろう。したがって、当事者が適切な合意を形成できるように（合法的であり適切であること）土俵を整備し監視するところに調停の特色があるとするのである。

3. 3. 4. 調停合意＝判断説²¹

この説を主張する論者は、現行法のもとでは、調停裁判説をとることは出来ないとする。それは、裁判である限り（裁判の定義による）当事者が自由にその結果へ影響を与えることは考えられない。つまり、調停は当事者が不調あるいは取下げすることが可能であり、それは、国家が結論を強制するという裁判の本質とは相容れないものであると指摘する。同時に、調停合意説にも与しない。調停委員会は、当事者の合意形成を支援することはあっても、当事者の合

¹⁸ 村崎満「家事調停私論—その理念と実情」法時31巻2号、3号）。

¹⁹ 梶村太市（2004年）『新版離婚調停ガイドブック』日本加除出版。

²⁰ 梶村前掲5頁。ただ、梶村はADRの一つとして重要なものであるとするが、調停委員会の積極的な介入を前提にしているようなので、いわゆる土手の見張り説とは異なるのではないと思われる。

²¹ 高野耕一（2002年）『家事調停論』信山社175頁以下。

意がすべてではなく、当事者の合意が形成されたとしても、それは調停の合意ではなく、調停合意になるためには、調停委員会が現行法原則や調停規範に基づいて、適否を判断することができる。つまり、当事者の自律的判断が100パーセント保証されているのではなく、最終的には、調停委員会の判断が決定的に重要な意味をもっている。そこで、調停では、当事者が自由に判断できるような状況を作ること、また、調停委員会は調停案を提供することによって当事者の合意形成をより円滑適切にすることができるよう働きかけること、さらには、調停の最終段階では、当事者の合意の内容の適法性をきちんとチェックされることになるのである。それが、現行法のもとでの調停の本質であるとする。

3. 3. 5. 現代的調停説²²

この説は、前3説を踏まえたうえで、それぞれの調停論は現代の家族紛争を処理するには硬直しているという認識のもとで、それぞれの調停論をケースの特色によって使い分ける必要があるとするものである。したがって、調停委員会が積極的に介在して当事者の合意を促すことも重要であると同時に、当事者の自主的な判断を重視して、当事者の自由な判断を優先するよう働きかけなくてはならないとも指摘する。現代の複雑かつ多様な紛争に対応するためには、多様な対応が求められるという視点が出発点にある調停論である。

しかし、この説への批判として、前3つの説は、調停の基本的性質をめぐる調停論であったが、この説は、調停を現実に運用するとき、どのような視点あるいはアプローチをとるかという技術論であり、調停論とは性質の異なるのではないかと思われる²³。

3. 4. 運用の上での特色

3. 4. 1. 調停制度とその柔軟性

すでに触れたが、調停事項が極めて広いので、当事者に関わる事項、当事者の関係者に関わる事項などでも、協議の対象とすることが可能である点は、紛争の総体的終結を目指すことが出来るので、調停の特色と言ってよい。

また、調停を進める調停委員は、非法律専門家なので、法的な視点よりも、いわゆる社会的な常識によって紛争をとらえ、かつ、当事者に対応することが出来る。裁判官は、理論的には法規範に拘束されるが、調停委員は、相対的に法規範と距離をとることは可能である。また、

22 飯田邦男「現代型家事調停事件の性格と家事調停の課題（上）（中）（下）」判時1927号3頁、1929号3頁、1930号3頁。

23 現代の家族紛争は多様であり複雑になっていることは否定できない。しかし、家族紛争は個別性をもつ以上、どの時代にも複雑な性質をもっていたとも言えるはずである。したがって、「位相」に応じて裁判的アプローチをとることも、当事者の積極的な関わりを支援することも、また、それらを適宜使って行くことも紛争を処理する上では必要であろう。しかし、こうしたアプローチをする調停手続あるいは調停制度とは何かという要のところが、この説では曖昧になるのではないかと思われる。

男女二人が組むことによって、当事者に対してバランスのとれた対応を提供することが出来る点も特色であろう。

さらに、調停方法も硬直したものではなく、当事者の状況や当面の事態に対応してよりよい方法をとることも可能である。例えば、同席調停が原則であるが、現実には別席調停で調停は行われている。しかし、調停を通して当事者が変化したり、事柄によっては当事者が同席した方が好ましい結果をもたらすのではないかと調停委員会が判断すれば、同席調停を途中から行うことも可能である。それによって、当事者が一層納得出来る結論を導くことも出来るのである。また、当事者の対立関係がなかなか緩和しないとか、当事者の一方にとって家庭裁判所と関わっていることが紛争処理への積極的関与を保障するとか、安心することが出来るとか、調停で当事者が即決することを避けて、調停を引きのばすことも可能である（本来、望ましいことではないとしても、「戦術」として使うことが可能である）。

このように、調停は柔軟なスタンスで当事者が可能な限り納得のゆく、そして、義務などの履行をしやすい形での紛争終結の場を提供できるのである。

3. 4. 2. 専門的支援の体制

調停委員会は、裁判官が構成員となることによって、法的専門家の目で、調停の進行、調停結果の承認に関して法的保護を当事者に提供することが出来る。さらに、調査官が関与することによって、複雑な人間関係をめぐっての論点を科学的な視点から検討することが可能となる。そして、人間関係調整をいっそう専門的な視点や技法によって行うことが出来る。

3. 4. 3. 書記官などの関与

裁判所の書記官は、調停における「黒子」のような位置づけと言えるが、極めて重要な役割を果たしている。第一に、職務上当然ではあるが、当事者の合意を適切かつ明確な文言で調書作成をする責任がある。第二に、当事者と通常接触するフロントは書記官である。電話の応対から新たな事情が生じたときの連絡など、書記官の対応によっては、当事者が調停に二の足を踏むことも考えられる。したがって、訓練された書記官が調停（とりわけ家事調停）に果たす役割は、調停が円滑に進行する点に影響を与えるものと言える。第三に、書記官はデータベースであると言える。調停委員会の構成員は、とりわけ調停委員は、担当する事件の数は限られている。調停を通して得た知識や経験を後の調停に活かすことは重要であるが、書記官は過去の事件とその結末に関して多くの情報を有している。また、書記官は、地域の情報にも通じていることが多く、調停を進める上で、影で調停委員会を支えていると言えるだろう。こうした役割は事実上果たしているということであり、制度上、認められているわけではない。しかし、適切かつ妥当な調停を行うためには、書記官が様々に関わるのが不可欠なのであり、また、現実には、書記官が有益な関与をしているのである。

3. 5. 問題点あるいは守備範囲

3. 5. 1. 理論上・制度上の問題点

3. 5. 1. 1. 自律的紛争処理手続なのか

調停論と関連する論点であるが、調停は当事者の自律的紛争処理を重視するものなのか、裁判所による他律的紛争処理手続なのか、かならずしも制度上は明らかではない。当事者は、調停を申し立てる自由、取り下げる自由、合意を形成する自由があり、それを支援する仕組みや実務が整備されていることは疑いない。しかし、司法機関における手続なので、実定法による厳格な規制はされないとしても、調停規範あるいは法の傘のもとで当事者は合意を形成して行くことになり、また、合意もその範囲のなかで行われるものである。従って、完全な自律的手続とは言い難い。実務の運用との関係で問題になるところであるが、調停はあくまで当事者の合意を重視するかのごとき説明が当事者にはなされることが多い。当事者が合意をすることが重要であり、そこに調停の妙味があるという趣旨のアプローチが当事者になされるのである。

これは実務の問題ではあるが、調停が一件自律的紛争処理手続のような外形をとっているので、運用とあいまって当事者をミスリーディングする危険性があることに注意しなくてはならないだろう。

3. 5. 1. 2. 人事訴訟手続との関係

2004年から人事訴訟事件が家庭裁判所で処理されることになった。当事者にとっては極めて便利な仕組みになったが、調停との関係で問題は残されている。立法過程で問題にされていたが、調停と人事訴訟の手続上の連続性と非連続性という問題である。具体的には、調停を担当した裁判官が同一事件で人訴事件を担当出来るかという論点である。裁判官は専門家としての訓練を受けているので、予断を排除する能力がある。したがって、調停委員は参与員として同一事件に関与できないが、裁判官は担当出来るとされた。しかし、調停の性質や調停の実務から言って、裁判官が予断と偏見をもつ危険性と同時に、当事者が調停の後に控えている訴訟を念頭において調停に臨むことが考えられるので、調停の特色を活かすことができなくなる恐れがある。これは調停の問題あるいは限界ではなく、人事訴訟法の問題と言わなくてはならないが、調停に深刻な影響を与えるものであると言えよう。

3. 5. 1. 3. 「誤った」調停

調停は当事者が合意によって紛争を処理するという位置づけになっている。その結果、誤審があった場合の訴訟とはことなり、調停の結果を後に争うことは出来ない。もちろん、事情変更という理由で、改めて調停を申し立てることは可能であるが、事件の性質によっては、新しく申立をすることが無意味な場合もあろう。つまり、誤審的な調停への救済策が制度上は明確にされていないのである。一つの理由は、調停は当事者の合意（つまり納得して合意した）によって成立しているので、「誤審」というような事態はあり得ないというものである。確かに、制度上あるいは理論上は、調停成立は当事者がきちんと納得しているのであって、「間違った」ということは言えない。しかし、調停進行の過程で、調停委員会が「不適切な情報」「誤った

情報」を提供する可能性は否定できないし、また、そうした情報に基づいて真意に反する合意をすることも考えられる。その場合でも、間違った当事者への救済手段が具体的に提供されているわけではなく、当事者の救済に欠ける結果をもたらす可能性が高いと言える²⁴。

「誤った」調停とは直接関係のない論点であるが、調停あるいは調停制度を評価する仕組みが現在の所全くない。調停という司法サービスもまた、現代社会ではそのサービスの内容や制度の実態について外部の評価を受けるべきであろう。制度が運用されると必ず問題や「誤った」事例が出てくることは不可避である。100パーセント誤りのない、あるいは事故のない制度はあり得ないという認識に立って、調停サービスを常に監視・評価する制度を整備することによって、トラブルが生じて、それを是正し、そこから学習して新しく適切なサービスを提供することが可能となるのである。

3. 5. 2. 実務上の問題点

3. 5. 2. 1. 別席調停

すでに触れたように、調停が当事者の合意形成を重視するのであれば、当事者が直接コミュニケーションを図ることが不可欠である。しかし、現実には別席での調停が当然であるかのごとき運用がなされている。確かに、当事者が冷静に協議をするのは難しく、また、そうした冷静な話し合いを行う土俵を作るためには、時間が相当かかることは疑いない。一方で、紛争に直面する当事者には迅速な紛争終結を提供する責任があるので、じっくり時間をかけて当事者の心を開き、少なくとも冷静に話し合いが出来るような条件を作ることと相対立してしまうのである。

しかし、別席調停は運用上、大きな問題をもっていると言わなくてはならない。第一に、直接の声を聞けないことに対して、当事者はアンビバレントな感情をもっている。顔も見たくない一方で思い、同時に、直接相手の口から話をきちんと聞きたいという希望をもっているのである。第二に、調停委員が介在することによって情報が操作されている、あるいは、自分たちの言っていることが正確に相手に伝わっているのかどうか確信が持てないのである。調停の特色は、当事者が納得して合意をするという点にある。別席調停で何らかの「不安」「不信」を持っている限り、納得行く合意を形成するのは極めて難しいことになる。

暴力の事例や人間関係が完全に破壊されているなど、同席調停が当事者の人格や権利保護にならない場合のあることは明らかであるが、当事者が「会いたくないであろう」と推測できる、あるいは当事者が「会いたくない」と言っているという理由で別席調停を行っているという運用には調停の理念から問題がある。

3. 5. 2. 2. 裁判官不在

調停委員会は裁判官も構成員になっており、裁判官が調停委員会を主宰して円滑な運営を図

²⁴ 拙稿「法化社会における家事調停委員の専門性とその責任」ケース研究257号3～4頁参照。

ることが期待されている。また、裁判官は法的正義を体現する存在として調停での役割が与えられているのである。しかし、現実には裁判官定員の絶対的不足から、調停に常時裁判官が出席することは不可能であり、裁判官不在の調停がまかり通っているのが現状である。調停委員は常時裁判官とは評議や情報交換によって、法的正義が損なわれないように努めているので、現実には当事者の権利義務が侵害されることはないと言えるだろう。しかし、裁判官の役割は実質的に法的正義を実現するだけでなく、調停の過程に参加することも含まれていると言わなくてはならない。つまり、調停の場に、裁判官が「居ること」それ事態が重要なのである。当事者にとって、裁判官が調停の席にいることは、法的正義の観点から常に自分たちは守られているという安心感を抱くことに結びつく。極端なことを言えば、裁判官が調停の場で調停とは全く別のことを考えていてもいいのである。裁判官が「居る！」という事実が当事者に安心や信頼をもたらすのである。

近年、同席は無理だが（実際、調停の件数と裁判官の数を考えると、裁判官は分身の術を使って七変化でもしない限り適切な職務を執行出来ない）、第一回目の期日には、裁判官が出席して、調停の意義や目的、さらには裁判官として調停を通して法的視点からきちんと監督をしている旨の説明をする実務も見られるようになってきている。不在を是正する点から言えば、まだまだ十分とは言い難いが、当事者に対して調停は権利義務を守ってくれるという安心感を与える重要なパフォーマンスである。

3. 5. 2. 3. 調停委員の問題

調停委員に関しては様々な問題点が論じられてきた。調停委員の価値観や調停能力などが当事者によって批判されている²⁵。確かに、狭い価値基準で当事者に臨んだり、権威的な態度で当事者に対したり、調停委員としての中立性や話を聞く役割から問題があるケースが現実には存在する。したがって、調停委員はこうした批判には謙虚に対応するべきであろう。そして、調停委員の資質を高める努力が求められることになる。そのためには、研修などの仕組みをどう作るかが問われることになる。

この点でも、調停制度を前提にすると相対立する矛盾が潜んでいる。調停委員は一般市民の司法参加であり、一般市民としてのものの受け止め方や判断基準が重視され、それが適切な調停の進行や合意形成に寄与すると考えられているのである。したがって、「素人であること」こそ譲れない核なのである。しかし、調停の資質を高めるために研修などを受ければ受けるほど、「素人であること」から「専門家」に移行して行かざるを得ない。調停委員は、「素人性」と「専門性」の間で、どのような位置にいるべきか、悩ましい課題に直面することになる。

²⁵ 調停利用者などがウェブに載せている声は、調停制度や調停委員に対する批判や怨嗟に満ちている。ただ、当事者は自己の主張が認められないと、その不満を調停につけるといふこともあり、また、誤った情報を前提に批判をしている内容のものもあり、ある程度は割り引いて受けとめる必要はあろう。

3. 5. 2. 4. 当事者の問題

調停制度においては、当事者は条件がそろえば情報を交換して相互理解を深め、合理的な判断に基づいて冷静に合意を形成できるという人間観が前提となっている。しかし、紛争当事者は多様なのであって、こうした人間観からはほど遠い人々も調停を申し立ててくるのである。協議をするためにはある程度の理解力とコミュニケーション能力が必要とされるが、言葉を使って自分を表現するのが苦手な人もいるし、自分で最終的な決断の出来ない人もいる。また、少数ではあるが、精神的に不安定な人もいて協議それ自体が極めて難しい（つまり、相手のある営みであって独り言ではないのである）こともある。

当事者に調停委員会あるいは調査官が働きかけて、少しは状況を変化させることは出来ても、全ての事例で当事者が相互交渉をするレベルになるわけでもない。調停という手続きが適当でない人々の紛争処理をどうするのか、残された課題でもある。

4. むすび

すでに述べてきたように調停は家族紛争処理の手續として、有用な役割を果たしてきている。また、一般の市民が調停手續に期待するところも大きい。しかし、いくつか指摘したように、現行の家事調停制度は、理論の上でも実務の上でも、まだまだ多くの課題を抱えている。多様化する社会、法化する社会の中で、調停が紛争当事者に今後どれだけ適切な支援を提供出来るかは、課題をどれだけ解決出来るかにかかっているのである。