

○論説：昭和民法（家族法）と協議（下）

稲田龍樹*

第4節 昭和民法（家族法）と家庭裁判所

1 総説

家庭裁判所における家事事件にかかる実体法と手続法に支えられた平成期前期までの実務の考察を目的とする。昭和民法（家族法）は、1947年（昭和22年）12月9日成立し、同月22日公布、翌年1月1日施行された。家事審判法（以下「家審法」という）は、上記12月6日公布、昭和民法と同日施行された。昭和民法（家族法）の「協議」と家事調停、家事審判および判決の相互の法制度上の位置づけが確定したのは、1949（昭和24）年1月1日の家庭裁判所が充足した時である（裁判所法（昭和23年法律第260号）2条、31条の2～5）。

この時点で、昭和戦後期の立法過程上、もっとも重要な点は、家事審判事項を2つのグループに分けて、調停と裁判との連携のあり方を明らかにしたことである。これは、民事訴訟法学からの巻き返しによる厳しい争いの結果であった。家事審判事項を甲類事項と乙類事項に区分し、家事調停を人事訴訟事件の前置制度と位置づけ、乙類審判事項については、調停を先行する前置手続として家事審判との独特の連携を制度化した。それから半世紀余を経た2011年（平成23年）5月25日に、ある意味では、昭和戦前期の後半にあらわれた第二期家事審判所構想に近いかたちの、しかし基本原理はかなり異なる内容の家事事件手続法（平成23年法律第52号）が公布された。本節では、主として平成期前期までの間にわたる、主として昭和民法766条と819条（本節では、2004年（平成16年）、2012年（同23年）の民法の一部改正の前）の法制度と実務運営の変遷を考える。

* 元学習院大学法務研究科教授、元東京高裁判事、弁護士

家裁家事部の運営を機能的にみれば、より正確には、1951（昭和26）年4月家事調査官制度の新設施行（同法（昭和26年法律第59号）61条の1、2。その後、1954（昭和29）年6月家庭裁判所調査官制度になる）により家庭裁判所の基本組織が完成した時である。なぜなら、大正要綱から始まり昭和戦前期にほぼ大綱がなっていた立法案（家事審判法案、人事法案）を基盤に置く家事審判所構想は、調査機関の設置が必ずしも十分には考慮されていなかったからである。昭和戦後期に少年部を家事部に併設する家庭裁判所に編成替えして、少年部に少年保護司を新設し、これが少年調査官制度となり、家事部に家事調査官制度が新設され、両調査官制度の別を廃して、家庭裁判所調査官制度になった。家庭裁判所はこの制度を家事審判制度に組み入れたことにより、昭和戦前期の構想とはかなり異なる司法組織に生まれ変わり、世界に類例のない手続体系を創設したのである。

2 昭和戦後期第1次改革

（1）甲類審判事項と乙類審判事項の区分

昭和戦後期の立法論議は、家庭裁判所を地方裁判所と同格の裁判所とする点では昭和戦前期の第二期の家事審判所構想を維持したが、他については排し、大正期の第一期の家事審判所構想からスタートした。成立した家審法は、体系的にみると、家庭裁判所は人事訴訟事項の管轄を有しないが前置調停を管轄したこと、家事審判事項のうち調停になじまない甲類審判事項を除いた乙類審判事項についても調停を先行・前置することにした。すなわち、家庭紛争の当事者はまずは調停を行って当該紛争の全体的一括解決につとめることを義務付けた。昭和戦前期の家審法立法論議と一線を画すことになった昭和戦後第1次改革は、1946年（昭和21年）11月に甲類と乙類の区別を検討しはじめたことを転機として、急速に進んだのである¹。

さて、家事審判事項について甲類と乙類に区分したのは、調停に適するも

1 拙稿『「協議」と手続保障』拙編著『東アジア家族法における当事者間の合意を考える－歴史的背景から子の最善の利益をめざす家事調停まで』（勁草書房、2017）84頁。拙稿『「協議」と遺産分割調停・審判事件の手続保障』豊田愛祥・大田勝造・林圭介・斉藤輝夫編『和解は未来を創る』草野芳郎先生古稀記念（信山社、2018）246頁。

のと適さないものがあるからである。この区分基準は、初め調停になじむ、親しむか否かであったが、次に、相争う当事者が話し合っ解決する点からいわゆる争訟性があるか否か、という考え方があらわれた。この争訟性という判断基準は、訴訟制度側からみた傾きの強い表現である。しかし、人事訴訟事件が二当事者対立構造にあるところから、訴訟当事者間において、家庭裁判所においてまず調停を経るべきである、すなわち、できるだけ調停で紛争を解決するという調停前置主義（家審法18条）との関係も理解しやすく、新鮮なイメージをもたらした。もっとも、このイメージは抽象的にせよ乙類事項（調停・審判）当事者が常に対立的な権利義務関係にあるべきだという見方も、意図的であったかは暫し措き、付随的に浸透させた一面がある。

昭和戦後期当初の調停前置主義の理解は、1947年（昭和22年）8月の司法省民事局作成の「家事審判法質疑應答資料」によると、家審法18条1、2項、23条、24条を一体的に捉えて、これらで処理できなかった人訴事件だけを地方裁判所で訴訟手続による判決で処理するというものであった²。これに対して、乙類事項に関する調停と審判の関係で、とりわけ調停前置とその限界については家審法17条、11条（付調停）、24条2項、26条1項が規律した。調停は審判の補助に位置づけられ、両者の関係は一体的手続（一体的な決定手続）であるがゆえに本来の審判と混淆する余地をなくすため乙類調停不調の場合に調停に代わる審判をすることはできないという建付けとされた。こうした配慮は、現在からは、分かりづらいかもしれない。

甲類事項と乙類事項の区分けは、① 調停と審判は非訟事件としては同一であるが、判決手続は訴訟事件であること、② 調停は合意による解決であるが、審判、判決は国家が公権的に判断する裁判であること、の交錯を整理したのである。もっとも、司法省民事局は、国会説明という最終段階に至って、改めて非訟と訴訟の峻別を強調し、もって家事審判手続の前提にある非訟的手続原理が人事訴訟手続（ひいては民事訴訟手続）へ浸透しないように防波堤のような役割を担うものとして「調停前置主義」というスローガンを掲げた。

2 拙稿「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（2004）75頁。

この「調停前置主義」は、調停と審判の手続に対する整序は、なお行き届かない面を残し、後記するように、沼辺愛一による調停前置主義＝家審法18条1項限定説とも呼ぶべき、乙類事項との関係を切り離れた理論を構築して通説となった。

（2）調停と審判、当事者の合意と協議

家審法、昭和民法（家族法）の立法過程を調べると、広い意味で、審判および判決という制度を適用する前に調停を前置して紛争を解決するように試みるという調停前置の原則が一貫して存在していた³。その立場から、昭和戦後期における家庭裁判所における遺産分割実務をめぐる長きにわたる困難な改革が、どのような考えによりながら、続けられてきたのかを考察した⁴。筆者の基本的な立場は、一貫して変わらないが、現在から顧みれば不十分なものである。そこで、その後の研究により解明された民法の正文としての協議の意義を基礎にすえて、以下に説明する。

筆者は、家裁実務の改善改革というものは常に「家事審判法の基本構造、つまり調停と審判の構造的連関から必然的に発生してきた要請の顕れとしての実務上の創意工夫であると解する」という立場にたつ（家月（下）27頁）。この立場からさまざまな改善活動を以下のように分析した（家月（下）20頁、21頁、26頁、30頁、31頁）。

まず、当事者間の合意は調停と審判の手続的な関係について一定の法的効力、連続と断絶の両面における規律があると考えた。その前提として、調停前置の原則が乙類審判事件にも適用されると述べた。たとえば、遺産から生じる収益についても遺産分割審判で審理・判断できるという審判対象を拡張する論拠は何かと問い、それは家事審判法の基本構造のあらわれである実務の創意工夫であるとし、家事審判法の体系のなかに手続的な合理性があるからと述べたのである。こうした見解を示唆された栗原平八郎はその論拠として「遺産の総合分割という制度趣旨」⁵を掲げた。この点の理解の仕方には2つ

3 拙稿「調停前置主義と乙類審判事件（上）」家裁月報52巻9号（2000）1頁以下参照。

4 拙稿「調停前置主義と乙類審判事件（下）」家裁月報52巻10号（2000）9頁以下参照。
以下本文においては「家月（下）1頁」などと略称する。

5 栗原平八郎「家事審判例の今日的課題」栗原平八郎・大田武男編『家事審判例の軌跡（2）

ある。第1は、民法上の条文だけから制度趣旨を考える立場であり、第2は、これに家審法の条文を総合して制度趣旨を考える立場である。前者は、民法907条2項を除いた民法法条による解釈であり、後者は、同条項と2項を併せた条文および家審法9条1項乙類事項にかかる審理手続のあり方を総合した解釈である。筆者は、後者の立場が正当であると考えた。抽象的には、手続上の合意にみえるが、正確にみると、実体法と手続法（非訟手続法）の総合という意味での当事者間の合意ではないかとの問題意識の下、その効力とは何かを検討した。しかし、いろいろ当事者の合意について論じはしたが、結論的には「当事者の合意の意味などは別稿に譲りたい。」（家月（下）28頁）として、理論としては完結できなかった。

その原因は、顧みると、民法907条1項と2項を区分して考察した際、同条1項と2項の各条文にともに存した「協議」の文辞を見てはいたが、協議について問題意識を持たなかったことにある。協議を合意または契約と同じと考え、わざわざ協議の語を定めた意味についてまで考えなかった。まして、協議の語が実体法と手続法をつなぐ役割を果たしている点には思い至らなかった。これに対して、本稿では、協議の意義は合意とこれに至る交渉過程（合意に至る意思形成過程）を意味し、民法自身が実体法の規律と手続法・人事訴訟手続および非訟手続の総体を支える規律を含み得る正文として「協議」を定めたという歴史的事実からスタートする。われわれは、民法が定める協議の語を含む条文解釈と協議の語が支える家審法（今は家事法）および人事訴訟法の各条文解釈を総合して行わなければならない。これにより始めて適正かつ合理的な法解釈ができると考える。

（3）離婚の成立要件としての親権者の定め（指定）

家審法における甲類事項と乙類事項との区分にかかる立法過程で、昭和民法（家族法）には離婚法と親権法が交錯した一つの難題があった。それが、離婚の成立要件として父母間の一方を親権者に定めることにした点である（本稿（上）131頁～135頁、142頁～144頁。なお、昭和民法765条2項による成立・

〔手続編〕』（一粒社、1995）231頁。

受理の例外はある）。共同親権の原則はいつまで存続させるべきか、という問題について、1947年（昭和22年）5月後半から6月末頃に、「婚姻中」に限るという意味がほぼ確立したが、協議、調停、審判、判決との関係ではなお整理不十分なあいまいさを残した。その原因は、昭和民法819条1項が「父母が協議上の離婚をするときは、その協議で、その一方を親権者と定めなければならない。」としたからである。同条2項が「裁判上の離婚の場合には、裁判所は、父母の一方を親権者と定める。」としたことと併せ考えると、裁判離婚では判決主文中に離婚と親権者の定めを判断を示すこと、協議離婚では「するとき」の「とき」が平仮名であるから「場合」と解すべきであること、によれば、離婚と親権者の定めは同時に決められるべきこととされた。しかし、協議の意義を詰め切れていないこともあり、調停、審判、判決の関係では家審法の解釈・運用においてあいまいな隙間を埋め切れていなかった。これに加えて、819条と766条との解釈に関する民法（家族法）の解釈が、この点に拍車をかけて難題にさせた。

そこで、この819条と766条との解釈問題に触れたい。

昭和民法819条1項の文言は、明治民法812条1項に類似するほか、同条を踏襲したと説かれる昭和民法766条1項1文の文言とほぼ同一である。この点について民法改正経過をさかのぼると、民法改正要綱案（起草委員第1次案。1946年（昭和21年）7月27日）第13の2項の「前項に依り子の監護を為す者は親権をも行ふものとする」という基本構想が起点にある。来栖三郎は、堀内信之助がこの規定（構想）を起草したとし、離婚の改正箇所において監護者と親権者を一致させた、というのである⁶。来栖のこの指摘は、民法上の上記難題に対する回答の一つである旨を示唆するものである。これを受けて、親権者の指定を離婚の成立要件であるとする立場から、離婚法と親権法が交錯する819条1項、2項と766条1項の関係をみると、次のように整理すべきである。

明治民法は、離婚により子の親権者は原則として父であり、例外として親権者のほかに監護者を指定することを許し、もって子の利益を図った。これ

6 本稿（上）86頁、88頁、89頁。

に対して、起草委員第1次案第13の2項は、前項の協議により定められた監護者は親権を行うものとして、監護者と親権者を一致させる規律（一体的規律説）を提案した。しかし、1946年（昭和21年）7月29日の起草委員第2次案は、第15で、父母が離婚するときは監護者を協議で定めること、第28で、父母が離婚するときは親権者を協議で定めることとし、明治民法の条文の並べ方と同じように離婚法と親権法に分離した並列的構成（並列的規律説）に改めた。この立場は、民法改正法第1次案以降、変わることなく昭和民法（家族法）が採るところとなった。条文案の変遷をみると、766条については明治民法812条がほぼそのまま766条に至っている。819条については論争が激しく、民法改正法第3次案（山中案）878条1項の定め以降、憲法違反の指摘など紆余曲折のすえ改変著しく、GHQとの民法改正法案審議後期に至って現行の819条につながっていく878条案が登場したのである⁷。この段階に至り、協議離婚にかかる規定である766条1項本文と親権にかかる規定である819条1項の文言はほぼ同一となった。これらの条文の文言が共通した表現に収斂した意味を論ずるものは、管見では、前記した来栖三郎による指摘のほかにはなにも見出せていない⁸。そこで、協議、調停の立法と併せて次に検討したい。

（４）離婚の際の親権者の指定と監護者の指定と協議

昭和民法819条1項と766条1項の並列的立法は、「父母が協議上の離婚をするときは、」（共通の同一文）「その協議で、その一方を親権者と定めなければならない。」または「子の監護をすべき者……は、その協議で定める。」という条文から成る。そして、前置調停手続において離婚するかしないかを話し合う父母は、協議離婚するには必ず親権者を定めることを要求され、監護者の定めあるいは養育費など監護について必要な事項を定めることを離婚後の生活のために必ず話し合う必要がある。

明治民法では、離婚した父母が監護者などを決める点で条文上二義を許さない明確な制度設計であった。しかし、昭和民法では、家審法が創設され、

⁷ 本稿（上）124頁、127頁、129頁。

⁸ 吉田邦彦『家族法（親族法・相続法）講義録』（信山社、2007）204頁は、「民766と民819の並立は、戦後の法改正の産物であろう。」と指摘する。

離婚訴訟の前に前置調停を経由しなければならなくなった。その結果、離婚調停の申立人と相手方は、必ず一方を親権者に、ときには監護者を定めること（および財産分与、慰謝料の給付を得られること）を含めて、離婚するか否かを調停手続の中で協議の上で決めることができるようになった。厳密に言えば、離婚するためには、親権者の定め協議をしなければならなくなった。

ところで、昭和民法819条1項と766条1項の立法過程を調べて、初めに提起された一体的規律説という新構想は捨てられて、並列的規律説という明治民法の構成に復帰したと解され、疑われることはなかった。これは正当であろうか。確かに、明治民法と類似した並列的条文配置ではあるが、筆者は立法過程を仔細に検討する中で、次第に、従来の考え方に対して疑問を持つようになった。むしろ、離婚しようとする父母がその一方を親権者に定めるための協議とは何を話し合うのかといえ、子の利益を守りながら離婚するか否かを決めるために話し合うのである。子の年齢により異なるとは思いますが、もっとも大切なことは子の利益に真に貢献できる父母の一方が親権者として適切であるということである。819条1項と766条1項と並列的に規律した条文体系であっても、子の利益を最優先させた工夫が内在する以上、条文の趣旨を生かして解釈すべきである。その上で、家裁実務（調停・審判）の運営の改善が問われるべきである。そして、運営のよしあしをいう前に、母が敢然と家庭裁判所に調停を申し立てられるかどうか、という問題はある。次に、家事調停制度が子の利益を軽視する「家」制度を墨守するような旧慣を正すべく介入することができるか。さらには、周囲の意向にためらう当事者に対して自己の意思に忠実に、子の利益を尊重するように意思決定できるよう支援できるか、ということになろう。協議することができるという条文である以上、旧慣の影響を完全に排除できるような規律ではない限界のあることは間違いない。しかし、こうした限界があっても、当事者の合意があれば、これを無視できない法制度を立法したことを見逃してはならない。こうした長所がある昭和民法の条文解釈を、家事手続上の配慮、すなわち、調停を前置した意味に思いを致さないで、明治民法と連続的に解釈してよい筈はない。協議をてこととして調停制度が家庭内の不公正を正すべく介入し、または、家庭の全

構成員の利益を増進できるように支援する。そうした仕組みは、形成という本質を有する非訟事件でなければあり得ない。家審法がこうした介入と支援をめざして立法された意義を思うとき、家庭裁判所が存しなかった時代の明治民法の踏襲といった安易な解釈はとれない筈である。そうならば、並列的構成をとりながら条文文言の平仄を合わせた体裁をとった立法の趣旨、そこに込められた真意を尊重すべきである。確かに、起草委員第1次案の一体的規律説は、一度は変形を余儀なくされた。しかし、条文文言の変遷にみられる議論の末、分離・並列したかたちではあるが一体的規律説が実質的には復活した立法であると解すべきではないかと考える⁹。今後の研究に待つべき面は残るが、堀内信之助、来栖三郎の影響があったのではないかと推測する。

（５）766条の通説的理解への疑問

昭和民法（家族法）のスタンダード・ワークと目される最初の注釈書¹⁰において、福島四郎は766条をして明治民法812条とはほぼ同様の位置づけ・性格を肯定する立場（やや呼称としてはきついが¹¹、以下「明治民法812条踏襲説」または「踏襲説」という）から昭和民法766条を解釈した。平成末期に至るも、この立場が通説であり続けている¹²。

9 父母の共同親権の考えは、大正要綱に始まるが、そこでは婚姻中の父母に関する原則をいうにすぎなかった。当時の社会実態からは、妻が離婚した後の生活能力を備えていることは例外であり、むしろ経済的自立は難しい女性が多数であった。さりとて、離婚した女性に対して生活保護を完備できるほどの財政基盤もなかった。立案当者は、男女性別役割分担論という社会通念によったと思われる。

10 中川善之助編『註釈親族法（上）』（有斐閣、1950）253頁（福島四郎）。執筆者一同が同書巻頭に「わが身分法學の父たる穂積重遠先生に捧げる」との献辞を記す。

11 許「親権と監護」243頁、251頁、253頁、258頁は慎重な分析のもとに明治民法812条の「踏襲」と説明する。

12 中川善之助編『註釈親族法（上）』（有斐閣、1950）254頁（福島四郎）。川島武宜・来栖三郎・磯田進『家族法講話』（日本評論社、1950）101頁、117頁。我妻榮『親族法』（有斐閣、1961）119頁、136頁（親権者の定めは765条2項により離婚の成立要件ではないとする立場）、140頁～142頁、144頁。中川善之助『新訂親族法』（青林書院新社、1965）290頁、島津一郎編『注釈民法（21）親族（2）』（有斐閣、1966）154頁（神谷笑子）、於保不二雄編『注釈民法（23）親族（4）』（有斐閣、1969）33頁以下（山本正憲）。鈴木祿弥・唄孝一『人事法Ⅰ』（有斐閣、1980）95頁。泉久雄『親族法』（有斐閣、1997）158頁。大村敦志『家族法第3版』（有斐閣、2010。初版1999）171頁、172頁。内田貴『民法Ⅳ〔補訂版〕親族・相続』（東京大学出版会、2004。初版2002）132頁、133頁。川井健『民法概論5 親族相続』（有斐閣、2007）38頁。なお、通説の立場にあるが、一步踏み出している学説は、以下のとおりである。有地亨『新版家族法概論』（法律文化社、2003。初版1990）287頁～292頁。二宮周平『家族法第4版』（新世社、2013。初版1999）

明治民法812条踏襲説は、766条は離婚後の単独親権者とは別に監護者を指定した場合の監護の具体的な方法内容を定めた規定であると解する。それゆえに、766条を離婚後の単独親権者の場面以外、とりわけ離婚前・別居中紛争にも拡大的に適用することができるか、という論争を招来したのである。そのために、家事審判例の実務、家事調停・審判の実務は険しい道を歩み、試行錯誤を繰り返さざるを得なかった。離婚紛争当事者双方および子どもは先のみえにくい状況に置かれている。

昭和民法と家審法の立法過程を整理した本稿の立場からみると、踏襲説は民法に偏った形式的な解釈であって疑問である。以下に述べる諸点に照らして再検討する必要がある。

① 766条と819条の両条は、第三章婚姻第四節離婚と第四章親権第一節総則と別々に規定される並列構成をとる点で明治民法と同様であること、② しかし、766条1項本文と819条1項の文言はほぼ同じであること、③ 民法上、ともに協議離婚する父母が協議で定めることができる事項としたこと（協議優先の原則¹³⁾）、④ 家審法上、ともに家事調停の対象とし、調停制度になじむものとして法制化したこと（子の利益に関する調停合意の優先）、⑤ 818条3項が「父母の婚姻中」に共同親権を限定した根拠¹⁴⁾は社会の実態論・男女

111頁（原則は通説）、122頁（別居夫婦の問題に言及）。松川正毅『民法親族・相続第3版』（有斐閣、2012。初版2004）84頁、85頁（766条を離婚前の別居の段階に類推適用）、87頁。島津一郎・阿部徹編『新版注釈民法（22）親族（2）』（有斐閣、2008）93頁以下（梶村太市）。前田陽一・本山敦・浦野由紀子『民法Ⅵ親族・相続第2版』（有斐閣、2012。初版2010）99頁、100頁（766条1項は「離婚する父母」）、103頁は離婚に至る別居を民法は法定していない問題性を指摘する（本山敦）。近江幸治『民法講義Ⅶ親族法・相続法〔第2版〕』（成文堂、2015。初版2010）85頁。窪田充見『家族法』（有斐閣、2011）121頁～123頁。犬伏由子・石井美智子・常岡史子・松尾知子『親族・相続法』（弘文堂、2012）92頁（離婚すれば）、94頁（監護者制度は本来予定されていた離婚後……の場面以外にも拡大）はやはり通説的な見地にあるようにうかがえるが、破綻別居中の父母の問題を論じ、監護者の指定と親権者の指定の判断基準は同一であるという（犬伏由子）。梶村太市・岩志和一郎・大塚正之・榊原富士子・棚村政行『家族法実務講義』（有斐閣、2013）165頁以下（榊原富士子）。二宮周平編『新注釈民法（17）親族（1）』（有斐閣、2017）333頁、334頁、340頁（棚村政行）は通説をとるが、家裁実務の多彩な展開を支持する。

13 協議離婚届けに親権者の指定の記載を要することが原則である。昭和25・6・10民事甲第1653号回答（戸籍吏が親権者指定を脱漏した届けを誤って受理した場合は協議で定められた一方が単独で親権を行う）参照。

14 819条が「離婚したとき」の文言を仮に採用すると、同条が離婚後の共同親権を有する

性別役割分担論であり、昭和民法（家族法）の立法過程で樹立された法原則ではないこと、⑥ 法的には親権、親権者の意義を煮詰められずに現在に至っていること（戸主権、廃戸主制と親権の関係がなお整理不十分だからである）、⑦ 昭和戦後期の後見人と親権者の関係について民法、家審法（家事法）上の難しい論争を未解決のまま残していること、である。

踏襲説は、疾風怒濤の時代のなかで、昭和民法の法条文言に忠実な法解釈よりも明治民法に関する条文理解との連続性を重んじた法解釈である。加えて、家審法（ひいては家事法）の立法過程に対する理解が軽視されており、また、家族法学が、家事調停制度の実証的な研究に関するさまざまな障害もあって、長きにわたり条文を素直に読めなかった影響ではないだろうか。とりわけ、819条1項と766条1項が「父母が協議上の離婚をするときは」と同じ文言を定めたのにも拘わらず、民法学（家族法学）の通説は「するときは」を「離婚の際に」¹⁵と読み替えて理論的には「離婚後」と解釈している。これは家審法ないしは家事法が一貫して大原則としている「調停前置」を顧みない実体法に傾斜し過ぎた法解釈ではあるまいか。

上記「協議離婚をするときは」を協議の意義（離婚の合意に至る過程と離婚意思の合致を含意する）を前提していることおよび調停制度における当事者への意思形成支援の手続過程を含意することを前提として考えると、調停が成立した時点が調停（協議）離婚意思の合致があるということは自明の理である。したがって、それまでの段階で、仮に双方当事者の離婚意思がいくら固くみえても、親権者の指定について合意がなければ、調停は不調である（819条1項）と解すべきである。他方、監護者の指定等の処分は、離婚後に一方親権者が指定されていなければ766条1項本文の適用の余地がない、とは文辞上読めない。むしろ、協議離婚が成立するまでの間であっても、子の

父母が協議することを肯定し、818条3項の共同親権の制限に抵触する危険がある。共同親権の原則を最小限に押さえたのである。

15 明治民法812条踏襲説に従うものとして掲げた前記注(12)の学説はすべて「離婚の際に」等の説明をする。同旨。村崎満「離婚と子」中川善之助他編『離婚 家族問題と家族法Ⅲ』（酒井書店、1958）293頁。福島四郎「現行婚姻法の反省的分析」民商法雑誌78巻臨時増刊号（2）28頁（1978）。国府剛「親権」星野英一編『民法講座7 親族・相続』251頁（有斐閣、1984）。許『親権と監護』83頁、85頁、235頁。

利益のために監護者の指定等の処分が必要であるならば、これを協議で決められる。子の監護にかかる事項の決定は離婚の成立要件ではないので、離婚の後にはもとより、その前でも協議により決められる、と読むのが自然である。

踏襲説は、819条と766条はあくまでも離婚後の子の利益を配慮した規定であると理解する。この立場は、昭和戦後期の初期の段階においては、家事調停制度がこれほど隆盛するとは思わず、国民からの圧倒的な調停への信頼感の定着を知らない時代状況下ではやむを得なかったのであろう。事実、通説の考え方に対して強固な反対論はなかったことからしても、社会実態（男女性別役割分担論）に即したものであったとはいえる。しかし、立法経過をたどるとき（社会実態の変容に影響を受けた社会通念の変遷のゆえでもあるが）、なぜ革新的な条文文言を素直に読むことができないのか、と思わざるを得ない。

3 昭和戦後期第2次改革

（1）家庭裁判所調査官制度の創設と昭和戦前期の布石

昭和戦後期に創設された家庭裁判所の構想は、昭和戦前期において司法省内部において既に米国の家庭裁判所の組織・運営から学ぶべき必要が認識され、支持されていた。つまり、家事審判所の立法構想は大変に古く、穂積陳重の1907年（明治40年）の講演¹⁶にその萌芽があり、穂積重遠¹⁷の1920年（大正9年）の論説¹⁸、池田寅二郎の同年の視察報告など学会および実務からの幅広

16 穂積陳重は、1904年（明治37年）に米国ミズーリ州セントルイスで万国博覧会開催にあわせて万国学会会議に招聘された際、子供の法律上の取扱いを調べるため米国の子供裁判所（家裁のいわば前身）を視察した。帰国後、同裁判所を高く評価する「米国ニ於ケル子供裁判所（法理研究会ニ於ケル講演）」（法学協会雑誌25巻9号1258頁（1907）。その後、法の支配30号（1977）78頁に再録）を発表した。穂積は、明治民法制定直後から家族法（身分法）改正の必要を認識すると共に、米国の家裁運動の草創期の諸活動に着目し、少年のための裁判官による活動を評価して、将来の方向を示唆した。なお、内田貴『法学の誕生—近代日本にとって『法』とは何であったか』（筑摩書房、2018）184頁、189頁～191頁、196頁、219頁～221頁参照。穂積陳重の女性の地位に関する認識は内田・同書170～172頁参照。

17 宇田川潤四郎『家裁の窓から』（法律文化社、1969）170頁、180頁、192頁、193頁。

18 穂積重遠「裁判所の簡素化（一）（二）（三）」法学協会雑誌38巻4号395頁、同巻5号598頁、同巻6号735頁（1920）。6号は家庭裁判所について詳細である。とりわけ、「家庭裁判所の仕事の中裁判と並んで重要なのは勸解（conciliation）である。……殊に離婚訴訟に

い蓄積に基づいていた。とりわけ、現在の家庭裁判所の組織運営の実現という点からみると、昭和戦前期、それも後半期に米国の家庭裁判所に関する実情を精力的に視察した意味はまことに大きいものがある。そこで以下、この実情報告を紹介する。

（２）1940年（昭和15年）の堀内信之助・内藤頼博の米国視察

大正期、民法（身分法）改正審議が始まったが、審議順序に従い、まず、家事審判制度の立法審議が始まった。これが、昭和戦後期に家事審判法制定審議の基礎になったのである。この家事審判所構想は、わが国の熟談・熟議・協議の上方式という伝統（いわゆる調停前置の伝統）を前提として、米国の家庭裁判所およびその基礎にあるといわれている北欧の調停制度を総合したまことに斬新なものである。司法省は、1927年（昭和2年）に、家事審判法の骨格ができあがると、次に人事法案を策定し、1939年（昭和14年）12月、家事審判制度調査委員会を設けた。この委員会に「家事審判制度ニ関スル組織、権限、手続等ハ如何ニ之ヲ定ムベキヤ」との諮問が発せられた¹⁹。これを受けて、1940年（昭和15年）に、堀内信之助および内藤頼博の両裁判官が米国の家庭裁判所を視察し、以下の報告書を提出した。

（あ）「北米合衆国家庭裁判制度調査報告書」²⁰

この報告書は、次のような内容であった。なお便宜、項目ごとに括弧書きで昭和戦後期の状況を略記する。

- ① 米国の家庭裁判所の創設当時はおおむね刑事裁判所に属し少年事件処理について始まったが、米国での近時の家庭裁判所はむしろ民事裁判所の性質（家事事件の裁判所）を強くした。（わが国の家庭裁判所の役割も同じような変遷をたどった）
- ② 家裁制度は初め、米国の弁護士の職域を狭めるとして弁護士の一部か

於て利用されねばならぬ。Chicago, Philadelphia 及び Kansas City の家庭裁判所では勸解が裁判の必要的前行手続となつて居る。」(752頁、753頁)と紹介していることは注目される。

19 内藤頼博「家庭裁判所の沿革」中川善之助・青山道夫・玉城肇・福島正夫・兼子一・川島武宜編『家事裁判 家族問題と家族法Ⅶ』（酒井書店、1957）91頁。

20 堀内信之助・内藤頼博「北米合衆国家庭裁判制度調査報告書（昭和十五年十二月）」法の支配30号（1977）87頁～99頁。

ら反対があったが、家庭を救済するものとして一般国民からは歓迎された。（家庭裁判所は一貫して一般国民の支持を得た）

- ③ 家庭の崩壊に起因する諸問題は、米国では事件管轄が細分化されていて不便であるが、それは各州の憲法上の裁判管轄規定があるからである。（家庭裁判所は初めからワンストップ型の大きな裁判所であった）
- ④ 家事審判所と少年審判所は連携を密にすることは最重要であると認識されている。（現状では家事部と少年部は機能的にみて連携が十分ではない）
- ⑤ 米国の家庭裁判所の手続について日本の参考とすべき点は、以下のとおりである。

- ・各種の社会事業団体との密接な連携をとることにより資料収集を迅速にし、必要な救済を与えられる。（官と民の連携の必要性は今も変わらない）
- ・保護観察員 Probation officer または 調査員 Investigator の活用により、家裁の事実調査力を高める。（1954年・昭和29年家庭裁判所調査官制度として実現した）
- ・履行確保する制度が有効である。（1956 年・昭和31年家審法15条の5～7、25条の2として実現した）
- ・記録の作成、保存、利用が便利にできている。（1951年・昭和26年以降、家事事件記録の合理化を重ねた²¹⁾）

（い）米国の家庭裁判所視察の影響

堀内・内藤は、報告の結論（99頁）として、米国の家庭裁判所の制度はなお改善の余地はあるが、「職員ノ熱心ナル活動及公私社会施設ト密接ナル協力ニ依リ、当事者ニ実質的救済ヲ与スルニ努メ居レルハ注目且尊重スベク、之ニ関スル法制及其ノ實際ノ運用ハ、我家事審判制度ノ立案及実施ニ関シ、参考トスルノ価値尠カラザルモノト思料セラル」と結ぶ。

堀内信之助は、視察当時、司法省民事局の司法書記官であり、内藤頼博は

21 最高裁判所事務総局家庭局・家庭裁判資料第23号『昭和26年11月開催全国家事審判会同協議録』4頁、109頁以下（1952）参照。

1939年（昭和14年）人事調停法施行時に東京区裁判所で人事調停を担当した経験を有する裁判官であった。なお、昭和戦後期において、堀内は、昭和民法（家族法）および家審法の立法過程に関与し重要な貢献を果たしたことは前記した。内藤は、1945年（昭和20年）8月15日終戦直後の10月に司法省民事局第三課長、1947年（昭和22年）12月最高裁判所事務総局秘書課長となり²²、後に家庭裁判所調査官研修所長として家裁調査官制度の育成にも大きな影響を与えた。

（3）家庭裁判所の創設と家庭裁判所調査官制度の新設

1949年（昭和24年）1月1日、家庭裁判所は家事部と少年部とが併設され、完成した²³。1951（昭和26）年、少年調査官制度を加えて、家事調査官制度も新設され、機能的にも家庭裁判所のかたちができあがった。これ以降、家事審判制度における家事調停と家事審判（甲類事項および乙類事項）の手のあり方は、時代が進むにつれ、昭和戦前期に想定されていたドイツ法に類似した非訟手続という手続法上の区分に留まらない実質的な変容をもたらした。家庭裁判所が運用し始めた家事審判手続は、家裁調査官の調査活動を包摂した非訟事件手続という独特の運用スタイルを形成した。調停前置主義は、当初、家事審判手続が前提とする非訟的手続原理の人事訴訟手続（民事訴訟法の変型）への浸透に対する防波堤であった。したがって、人事訴訟法に規律する判決手続には、家裁調査官の活動を容れる余地はなかったため、前置調停の手続運用と後置人事訴訟の手続運用とのあいだには、年月を経るにしたがって大きな溝ができた。しかし、調停手続における家裁調査官の諸活動を法的に分析整理される機会は必ずしも十分ではなかった。また、詳しくは後記するが、家裁実務においてカウンセリングの名の下になされた家裁調査官の活動に対

22 内藤頼博は、その後、同事務総局総務局長、東京家裁判事、家庭裁判所調査官研修所長、最高裁判所事務総局事務次長を経て、横浜家庭裁判所長、東京家庭裁判所長、広島高等裁判所長官、名古屋高等裁判所長官を歴任したわが国家庭裁判所創設の功労者である。なお、同氏は、1987年（昭和62年）から1993年（平成5年）まで第22代学習院長として在任した（学習院広報36号（1987）1頁、同49号（1993）2頁参照）。

23 内藤頼博「アメリカとイギリスの家庭裁判所・少年裁判所」法の支配30号（1977）72頁は、アレキサンダー判事が離婚裁判所と少年裁判所を結合して作り上げたものとして、米国オハイオ州トレドのFamily Court Centerを紹介する。後に、内藤はこの家庭裁判所も視察した。

するやや理念的な批判があったほか、法的思考とは異質なものに対する反感もあった。これらに対する本格的な評価はこれからの研究に待つべきであるが、少なくとも一時的にせよ、家裁実務を萎縮させ、実体法および手続法上の学問的な検討を遅らせた面のあることは否めない。さらには、家裁内部においても、調停と乙類審判の両手続の相互関係をいかに規律するかについて模索を重ねる時期が長く続いたのである。この模索する時期には、家裁の内部手続にかかる客観的実情報告を公表することが少なくなった。

（あ）家裁草創期の実務と学界の関係

家裁草創期には、家裁実務家の主として研究成果を集めたものとして『大阪家庭裁判所家事部決議録』が刊行された²⁴。実務家と学者（調停委員参与員）の共同研究としては東京家庭裁判所身分法研究会の活動があった²⁵。家裁実務家の主として研究成果を集めたものに『家事事件の研究（1）（2）』が刊行された。これも時代的な使命を果たした後、次第に衰退して廃止された。そして、家裁の家実実務と地裁の離婚訴訟実務を総体的に理解したうえでの革新的な学説は少なくなった。わずかに、我妻榮のいわゆる第三の手続論がもっとも根本的な批判と改革の要請を内在させた理論ではあったが、なお抽象的な領域にとどまっていた。

（い）協議にかかる問題提起

川島武宜は、1970年（昭和45年）、『家事事件の研究（1）』の「序」において、上記共同研究が必要である理由を指摘した²⁶。やや長文ではあるが、協議を正面から論じるものであるから、以下に引用する。

「戦後の身分法の特徴……の中でも特筆大書さるべきは、実体法たる民法第四編第五編において多くの事項が当事者の『協議』による決定にゆだねられ、『協議』がととのわない場合に家庭裁判所が決定（審判）すること、また、多くの事項が家庭裁判所の非訟事件的処理にゆだねられていること、に対応し

24 谷口知平・加納實・澤井種雄編『大阪家庭裁判所家事部決議録』（有斐閣、1960）。同書325頁以下には、谷口知平（調停委員参与員）の「概評」がある。

25 この成果は、家裁月報12巻（1959）1号から15巻（1962）8号までの「身分法研究会議事録・研究問題」および東京家庭裁判所身分法研究会編『家事事件の研究（1）（2）』（有斐閣、（1）1970、（2）1973）が主要なものである。

26 前掲注（25）『家事事件の研究（1）』1頁。

て、身分法上の問題が広汎に家庭裁判所の権限に属するに至ったこと、しかもそれだけにとどまらず、『訴訟』事件に属する事件であってもおよそ『家庭に関する事件』について家庭裁判所の調停を行うものとし（家事審判法17条）、しかも『人事に関する訴訟事件その他一般に家庭に関する事件』については調停前置主義が採用されたこと（同18条・19条）、が挙げられねばならない。その結果、家族法の解釈問題の大部分は、非訟事件的に処理され、またその内容は原則として秘密とされ、また圧倒的に多くの場合に調停的処理の一応の前提として処理されることになった。かくして、戦後に多くの点でその内容を一変した家族法に関して多くのまた新しい解釈問題が登場しているにかかわらず、それらについて裁判官と学者とが共同して研究してゆくことが、困難となるに至った。」これを克服するために自然発生的に研究会が発足した、と述べる。

川島のこの整理は、きわめて意義深いものであり²⁷、以下の3点において、今もさん然と精彩を放っている。第1は、実体法として「協議」が重要な位置を占めていること、第2は、調停前置主義を介して人事訴訟事件を含む家庭に関する事件についても非訟事件的処理にゆだねられ、法解釈も原則として調停的処理を一応の前提問題として処理されること、第3は、家審法17条から19条を総体的に把握する広い意味で「調停前置主義」を捉え、結果的にその処理内容は秘密とされていること、である²⁸。この問題の整理は、協議と調停および訴訟（人事訴訟）の関係を実体法および手続法を総体として把握した上で大変に前向きなものである。こうした姿勢については、川島武宜の調停制度批判の立場との関係を次項で検討したい。

27 加藤一郎も川島武宜の整理を支持する（注（22）前掲『家事事件の研究（2）』1頁）。

28 「学者側」は調停委員参与員として家庭裁判所の実務に関与している経験者であって、主に家族法・民法の専門家が大多数であって、手続法学者が参加していないことが特徴である（岡垣学「東京家庭裁判所身分法研究会について」前掲注（25）『家事事件の研究（1）』468頁）。小山昇・山島正男・小石寿男・日野原昌編『遺産分割の研究』（判例タイムズ社、1973）は1959年（昭和34年）に発足した札幌家庭裁判所身分法研究会の研究成果であるが、ここでは手続法学者、実体法学者、地裁・家裁の実務家が参加した。

（４）川島武宜の家事調停制度批判

川島は、1967年（昭和42年）5月、岩波新書『日本人の法意識』を刊行した。家事調停制度と民事調停制度を立法した意識・思想とは何か、と問うた²⁹。本書は当時から現代に至るまで、批判もあるが、なお日本人の法意識をえぐる根強い影響をもち続けた³⁰。

（あ）調停制度採用理由の漠然性

川島は、昭和戦後期の家審法、民事調停法の立法過程をみて、家事審判法制定当時、旧来の調停思想の上に立ち、ただ何となく調停制度を重要視したこと、民事調停法制定時と同じであるという（法意識179頁～181頁）。

家事調停制度については、以下の諸点をその根拠とする。

① 司法省による家事審判所構想と人事法案を立法化しようとするのが起草者の大部分である（法意識179頁）。② 昭和戦後期の家事審判法立法過程において、調停制度の基本的な理念を変革するという構想はなかった（同頁）。③ 新憲法の施行に間にあわせるために大急ぎで法律を作る必要があった（同頁）³¹。④ 家事審判制度に関する臨時法制審議会の構想（淳風美俗を維持するために道義と温情を持って円満な解決を図る特別な制度を設けること）を支持する（法意識180頁）。⑤ 穂積重遠の人事紛争は法廷で白黒つけることはよくないこと（親族法（岩波書店、1933・昭和8年）23頁参照）という思想を当然視している（同頁）。⑥ 裁判所は旧来の調停理念（黒白を明らかにしない和の精神）に立脚する『調停読本』を編集普及させたので、旧来の家事調停制度をささえる基本的な意識ないしは思想に歴史的断絶があるべきものとは認めていなかった（181頁）。

なお、民事調停制度についても、新制度の発足に当たり新しい意識ないしは思想が要請されたことはなく、その根拠として① 調停理念の変革に言及されたことのなかったこと（181頁）。② 旧制度下で任命された調停委員が

29 川島武宜『日本人の法意識』（岩波書店、1967）179頁。以下、本文では「法意識○頁」または単に「○頁」と引用する。

30 高橋眞『日本の法意識論再考－時代と法の背景を読む－』（ミネルヴァ書房、2002）i 頁、1頁。

31 川島武宜『ある法学者の軌跡』（有斐閣、1997。初版1978）229頁。

そのまま新制度下でも任命されたこと（同頁）、を指摘する。

（い）調停制度批判に関する留保

川島武宜は、前記した調停批判をおこなう一方で、自ら3つの留保を付している。

第1留保 調停制度が作られた意識ないしは思想が何かについては断定的な結論をくだすだけの資料がない（法意識179頁）ので、これを控える。

第2留保 家事審判法施行後の家庭裁判所関係者³²の意識の変化の結果生じた新しい変化により、家庭裁判所制度の高度に進歩的な側面が今日では存在している（法意識180頁）ので、批判はこれまでの調停に限定する。

第3留保 昭和戦後期の初期、すでに日本人の法意識には変化があり、調停制度にも変化があった（法意識184頁）ので、将来の更なる展開を期待する。

なお、川島の調停批判の当否について述べるものではないが、同批判を正しく理解するためには当然に時代的制約があることはいうまでもない。すなわち、川島は、民事紛争の解決制度として「訴訟制度」と「調停制度」が並存するところ、調停を「裁判所の手続上の『制度』として立法した」ことは、西洋諸国で必ずしも多くはないこと（法意識153頁。なお同117頁参照）、日本の調停は仲裁と調停とが未分化なままで運用されていることが制度として立ち遅れているのではないかとのこと（法意識154頁、155頁）をいう。しかし、ドイツ、フランスなどでは裁判所内の裁判過程に組み込まれてはいないが、今では世界的にみてもADR制度が隆盛であり、調停と仲裁の関係にも多様なものがあることは周知のところである³³。

（5）調停制度批判の位置づけ

川島武宜による調停批判に自らが留保した三点から学ぶべきことを明らか

32 代表者の一人である内藤頼博は、昭和戦後期に意識の変化を生じたのではなく、昭和戦前期から基本的方向性を追い求めていたものである。

33 川島は、徳川時代には庄屋・組頭等による調停を経ないで訴訟に及んだ場合には、訴出本人、庄屋・組頭は処罰された紛争解決政策を「一種の調停前置主義」と呼んだ（法意識163頁）。川島は、家審法立法過程を知るので、徳川時代の熟談による内済（下済を含む）の手続を「一種の調停前置主義」といい、「調停前置主義」とは異なることを明言する。なお、本稿（上）前掲注（1）拙稿・協議の意義と系譜（上）84頁～93頁は、徳川時代の幕末期における熟談と内済の関係を整理する。

にした上で、同批判に対する評価を述べる。

（あ）第1留保と契約、合意と協議

川島は、日本人の法意識87頁において「契約」とは二人以上の者がその相互のあいだの権利義務について合意すること、であるという。しかし、協議の意味には触れない。これに対して、本稿は、民法の正文に契約と合意のほかに「協議」があるところ、その意義は協議の語は、意思の合致およびこれに至る過程・準備行為と解する梅謙次郎の所説³⁴を基礎にして、こうした規律によって法的に保護する必要のある法領域（いわゆる非訟的な法領域）でのみ正文として定められていると解する立場にある。もっとも、合意とその準備行為とは、合意の概念の広さゆえに、契約とはかなり異なった漠たる意味で用いられていた。こうした一面は否定しがたい（この点は今後の研究に待つべきである）。川島は、前記のように昭和民法（家族法）で多数定められた「協議」の概念は研究すべき重要な対象であることを熟知していた。そうであれば、われわれは江戸時代の「熟談の上」、幕末期、明治初年の「熟議の上」、その後の概念である「協議」を正しく研究すべきであるという要請が、第1留保の意味である。

（い）第1留保と家審法と人事法案の立法過程

川島は、昭和戦後期の民法改正、家審法の立法過程に関与した経験から、大正要綱以後、昭和戦前期の同立法過程に対して強い疑問を感じると共に、なお学問的研究としては十分ではないと自覚していた。具体的には、我妻榮「家族制度法律論の変遷」（下巻202頁、注（173）、204頁注（182）、注（183）参照）が扱った巨大なテーマ（今も本格的な研究は不十分である）を意識していたと思われる。なによりも、我妻榮自身がこのテーマを論じ尽くしたとは断定していない。川島もまた同じく精密には解明し切れてはいない旨を誠実に断っていると考ええる。確かに、明治憲法、明治民法の詳細な立法過程、家事審判法（第一期、第二期の家事審判所構想）案、人事法案の立法過程に関する詳細な各種資料を知らない当時においてはやむを得ないので、これらの研究

34 本稿（上）前掲注（1）拙稿「協議の意義と系譜」（下）152頁。なお、同129頁以下参照。

を進めるべきであるという要請が、第1留保の2番目の意味である。

（う）第2留保と家裁草創期の家裁関係者および家裁制度

家庭裁判所の草創期を牽引した関係者には多くの方たちがいるが、とりわけ、その性格決定に大きな指導力を発揮した最高裁判所事務総局の初代家庭局長宇田川潤一郎を第1に挙げるべきことは異論のないところであろう。1949年（昭和24年）1月12日の全国家庭裁判所長会同における家庭局長説明で示されたその指導理念は5つあり、家庭裁判所の独立的性格、民主的性格、科学的性格、教育的性格、社会的性格である³⁵。独立的性格とは地方裁判所とは異なる指導理念があること、民主的性格とは、冷厳な印象をとり除き親しみのあるなごやかであること、科学的性格とは人間関係の科学、たとえば、心理学、社会学、精神医学、などの活用であること（家事調停についてはソーシャル・ケースワーク的处理に努める）、教育的機能とは審判、調査それ自体が教育であること（宇田川は、後に、より踏み込んで「司法的機能」と「ソーシャル・ケースワーク的機能」とも述べる³⁶）、社会的性格とは家裁だけでは所期の目的を達成することはできないので、地域の諸機関と連携をすること、を明確にした。

その後、宇田川は、家裁調査官専門の研修機関の新設に努め、1957年（昭和32年）1月に家庭裁判所調査官研修所（以下「家裁調研」または単に「調研」という）が発足することになった。この初代所長に東京家庭裁判所判事であった内藤頼博が就任した³⁷。

内藤頼博は、昭和戦前期から米国の家庭裁判所の実務などの視察により家庭裁判所のイメージを形成していた³⁸。また、前記した民事局第三課長として、

35 注（17）前掲『家裁の窓から』108頁、109頁、123頁。宇田川は、1946年（昭和21年）12月に京都少年審判所長に就任し、同所長から家庭局長に就任した。

36 注（17）前掲『家裁の窓から』134頁は、家庭裁判所は家事事件、少年事件を問わず、家庭における人間関係をソーシャル・ケースワーク的に調整する病院たる性格を有している、という。「病院」という性格という考え方は、後に批判を招くことになるが、表現上の問題の他に、家事調停の実際と理念の乖離という面があったことは間違いない。なお、ケースワーク的機能については、同書115頁以下参照。

37 注（17）前掲『家裁の窓から』142頁。

38 内藤頼博・谷川克・菊池和典「調査官研修所の創設と東京家裁庁舎建築のことなど」ケース研究213号138頁（1987）。内藤は、調査官研修所を作る決断をしたのは石田和外（当時、最高裁判所事務総局事務次長）であり、「猫は鳥籠では飼えない」から「作ろう。」と述べた（144頁）と語る。

裁判所構成法、不動産登記法、農林省関係³⁹、条約（外務書記官を兼務）関係を所管し、日本国憲法公布後は裁判所法の担当であった。この関係上、直接に家事審判制度などの改正にかかわることはなかったが、きわめて幅広い視野から家庭裁判所のあり方を考えることができる経歴をもつ珍しい裁判官であった⁴⁰。調研所長に就任した内藤は、家裁調査官研修所の講師陣に多数の学者（宮沢俊義、佐藤功、中川善之助、川島武宜、来栖三郎、平野竜一、小宮豊隆、安倍能成など）を招請した。川島武宜は、法社会学的な民法を講じ、家裁調査官に大きな影響を与えた。

川島は、1955年（昭和30年）から10年間ほど東京家庭裁判所調停委員をしていた。この経験から、次の2点を指摘した（法意識192頁）。すなわち、家事調停委員は、日々の調停執務の必要に迫られて、手続法の知識、新しい家族法の知識を学ぶ必要を感じていた。今ひとつは、1951年（昭和26年）から家事部に新設された調査官制度がもたらした影響の大きさである。「この制度が、後になって、家事調停の現実の機能や、家事調停についての考え方に、画期的な影響をあたえるようになるとは、おそらく当時においてはきわめて僅かの人しか－或いは誰も－予想していなかったであろうと思われる。」という（法意識194頁）。家庭事件の運営において重要な側面として、家事調査官が家庭事件について科学的調査をおこなった上、心理学的・社会学的見地からの臨床的処置をすることを導入すべきである、という考えが浸透・拡大した。

1951年（昭和26年）11月に開催された全国家事審判官会同において、家事調査官制度の創設に伴う運営に関する協議がおこなわれた。会同係官として宇田川潤四郎（家庭局長）、市川四郎⁴¹（同局第一課長）、参列員として村上朝

39 1946年（昭和21年）10月21日公布の自作農創設特別措置法（昭和21年法律第43号）、同年12月28日公布の自作農創設特別措置法施行令（勅令第621号）、同日公布の自作農創設特別措置法施行規則（農林・大蔵省令第1号）、翌年1月14日の農地調査規則（農林省令第2号）、同年5月4日の宅地等の対価算定規準に関する件（農林省告示第71号）、農地調整法関係の改正作業などに関係した。農林省編『農地改革法令集（昭和23年新訂版）』（農地委員会全国協議会事務局、1948）参照。

40 内藤は、昭和戦後期の家事審判制度は戦前の同制度の思想を受け継いでいるけれど、親族相続法の理念がすっかりと改められ内容的にはがらっと変わったという（注（38）前掲ケース研究213号140頁）。

41 市川四郎は、1958年（昭和33年）から家庭局長を務めるなどした後、東京高等裁判所長官を歴任したものである。

一（法務府民事局長）が列席した他、川島武宜が会同における基調講演を行ったのである。

1950年（昭和25年）1月に刊行された市川四郎『家庭事件の審判と調停』（東洋書館、1950。以下「審判と調停」と引用する）は、最初のいわば公定教科書ともいえるものであるが、以下の諸点、すなわち、家事審判と調停の不可分の関係で運用されていることから、民事調停法とは異なり、家審法中に存置することが合理的であること（113頁）、調停と人事訴訟の関係については「いわゆる調停前置主義（法18条1項）」が適用され、付調停について同主義を採用したのと同様の趣旨から訴訟手続を中止すること（124頁）、調停と乙類審判の関係についてはいずれも調停の申立てがあれば審判はできないこと（125頁）を説く。また、徳川時代の五人組制度、明治時代の勸解制度をいずれも「一種の調停」という表現でふれる（111頁）。同書は、「協議」について論じるところはない。当然、未だ生まれていない調査官制度については言及しない⁴²。したがって、ケースワーク的調整という言葉もあらわれていない。しかし、市川四郎は、同書の「はしがき」において、家庭裁判所は国民の裁判所としての性格から「家庭の病院として個人の家庭と直結し、誰からも信頼され、利用されるところにこそ、制度本来の真の面目が存する」と明言する。宇田川家庭局長の指導理念と同一の立場にあることは明らかである。市川は、民法819条1項、766条1項の協議離婚を「するときは」を「する場合」と解し、親権者、監護者を定める協議に言及するが、協議と調停との関係についての説明はやや抽象的である（審判と調停90頁、94頁）。その影響からか、調停と離婚判決における親権者および監護者の定め、乙類事項としての親権者および監護者の定めに関する解説はない。最後に、市川は、現在まで続く調停と審判の関係の基礎を支える事件立件の原則⁴³を明らかにした。家裁の家事実務

42 市川四郎は、家事係家庭裁判所調査官と医務室の制度は、家事調停、家事審判の運営に重大な一転期を画したという（市川四郎「家事調停・審判」ジュリスト100号（1956）87頁）。

43 市川「審判と調停」124頁（地方裁判所の「訴訟から家庭裁判所の調停に付された場合、家庭裁判所はこれを調停の新件と同様に処理する。」）、125頁（乙類事項について「審判から調停に付した場合も、調停から審判に移行した場合もともに、調停事件又は審判事件としてはそれぞれ新件同様に扱われる。」）。この原則は、審判・調停（補助）

の事件単位の体系についてまことに大きな影響を残した。ただし、家裁調査官制度を知らない公定教科書であることは、後にさまざまな影響をもたらしたのではないかと考える。この点は、大切な検討テーマであろう。

次に、同年5月に刊行された川島武宜・来栖三郎・磯田進『家族法講話』（日本評論社、1950）は、まさしく「協議」が実質的な意味を持つものとして離婚と親権者の指定の問題について以下のように言及している。「夫と妻の協議すなわち話し合いの上で離婚の取り決めをして」この旨を届け出ると離婚が成立する。新しい協議離婚で一つだけ特別な要件は、子の親権者に関する記載である。「結婚中は夫と妻が共同で、未成年の子に対して親権を行うのだが（171頁参照）、離婚後は別々の暮らしでそういうわけではいけないから、離婚の際に必ず、離婚後はどちらが親権者になるかを、はっきりきめておく必要がある。」（100頁、101頁）という。民法819条1項の「するときは」を「離婚の際に」と読み替え、離婚後の単独親権者の定めを決めるとする。同法766条1項「するときは」については、ややあいまいに離婚の際の親権者の定めを修正する仕組みとしている（117頁）。川島武宜・来栖三郎らの『家族法講話』は踏襲説を採る立場にはあるものの、協議離婚、裁判離婚の特別な要件として親権者の定めを明快にいうところが特徴的である。しかし、前記した一体的規律説を示唆するところはない。家庭裁判所への期待が大きいたとしても、それが法解釈としての新しい学説に展開するに至るまでには越えるべき大きな溝があったことを示している。

以上によれば、少なくとも、川島の家裁調査官制度に対する期待の大きさ、家庭裁判所発展への願望の強さを感じる。家事調停に対する鮮烈な批判をしても、家裁調査官制度の展開を待つだけの我慢強さ、家庭裁判所の発展への道のりがいつも平坦ではないことを知るべきであると述べる。真に革新的な組織と運営が定着するためには長きにわたるたゆまぬ関係者の営為こそ不可欠であるというメッセージが、第2留保の意味である。

（え）第3留保と日本人の法意識論

の手続原則に立ちながら、記録の編成のあり方と直結して調停・審判の手続改革を進めた。

川島は、第3留保として、日本人の法意識にはすでに変化があるなど（法意識184頁以下）というが、その前提に批判の対象とした「日本人の法意識」とは「伝来的な前近代的な法意識」（同書199頁）であるとして、江戸末期から昭和戦前期までを一括して封建的遺物であると断じた。この批判が強烈な影響を与えた。川島は、1947年（昭和22年）に、『日本社会の家族的構成』⁴⁴の中に収録される「家族生活における法意識」（57頁以下）で生活意識⁴⁵に着目していた。生活意識とは、日常生活の社会行動を動機づけたこれに伴うところの考え方（信念や価値の体系、情緒的反応の型）を指すのである（生活意識179頁）。

川島は、昭和戦後期の初期には、日本の社会は家族および家族的結合から成り立っており、そこで支配する家族的原理は民主主義の原理とは対立的のものである（家族的構成22頁、70頁、71頁）から、非近代的な家族意識を否定しなければならない（同書25頁、76頁）と説いた。この考えはパーソナリティを重視し、これを分析する方向に展開した。パーソナリティとは、ある個人の、社会構造の中で形成された行動上の特性の総体で、ある個人を他の個人から区別する基準（あるいは手がかり）となるもの、である（生活意識116頁）。平等な夫婦の関係を考えるときには、夫婦が個々人としてもっている精神的構造、すなわち、パーソナリティは結婚の幸福、結婚の成功を規定するもっとも重要な条件である。パーソナリティは、過去の環境、特に家庭生活—中でも幼少時代に—強く影響をうけるのであるから、家庭環境は現代人の結婚にとり重要な影響をもつものである（理想と現実25頁）。そして、権利および法律についての意識を「法意識」として検討し、次いで、所有権、契約、民事訴訟の法意識と考察を進めたのである⁴⁶。

その中で、協議に関する例として、建築請負契約書にみられる「誠意協議条項」あるいは「円満解決条項」について、以下のように論じる。こうした

44 川島武宜『日本社会の家族的構成』（学生書房、1950。以下「家族的構成」という）。

45 川島武宜『日本の社会と生活意識』（学生社、1955。以下「生活意識」という）。同『結婚の理想と現実』（中央公論社、1956。以下「理想と現実」という）。

46 高橋眞・前掲注（30）39頁。なお、同書37頁は、川島の「意識」を「社会意識」として検討する。

条項が盛行するのは、契約で定めても確定したとは考えず、あらかじめ権利義務を固定的・確定的に決めて融通をきかせる余地をなくすことに不安を感じるからである。それゆえに、誠意協議条項は、わが国の契約のもっとも重要な核心であるから、わが国では仲裁、裁判も適せず、調停が愛好されるのである（法意識117頁）という。法律は権力の強制を発動するための前提としての決定（裁判）をするための規準（判断規準）であり、裁判と強制執行という社会過程（法的過程）を通じて社会生活への制御がなされるという（法意識43頁）。この考えは、法社会学の通説⁴⁷につながる。これに対しては疑問が提起されている⁴⁸。

第3留保では、日本人の法意識は古い前近代的なものであるとしながら、変化のきざしがあると指摘した。これは、社会意識を論じたというよりは、個々人の意思決定に関わる意識をまずもって論じたものである。当事者の意識の奥底にある社会意識の牢固たるもの、これに縛られる個人意識（ないしはパーソナリティー）の内面の複雑さを、家事調停委員あるいは弁護士代理人として痛感したところから出発して、家事調停における意思決定の支援・介入（戸主を中心とした明治法制下で培われた夫婦の意識への支援・介入）というきわめて時代性の強い、実践的なテーマを考究したものである。実践的にみると、全てに賛同はしがたいが、家事調停に関与する者としてはまことに分かりやすいところもある。川島は、視野の狭い法解釈に戻る前に、個々の当事者の意思決定を支援・介入するために必要なこととして避けるべきではないと信じる研究にまい進したと思われる。それは、多くの関係者の息の長い営為だけが国民の意識を変え、法意識を変える源であるから、民法（家族法）、家事事件の手続法、戸籍法等々の研究をすることはいうまでもないが、法社会学の研究を怠るべきではないというメッセージが、第3留保の意味である。

（6）川島武宜の批判に対する評価

（あ）前近代的な法意識の批判について

47 六本佳平『日本の法と社会』（有斐閣、2004）12頁、13頁。

48 越智敬三『家族協定の法社会学的研究』（東京大学出版会、2007）327頁。同書325頁、326頁は、法の発達は積み重ねであり、法システムは国家の法システムに尽きない、という。

「日本人の法意識」の立場は、啓蒙書の制約もあり、江戸末期から昭和戦前期までを一括して論じるところは、時代的制約があるとしても、なお問題がある。昭和民法（家族法）に多数あらわれた正文の「協議」の重要性を知らながら、民法の正文に関する研究から離れた点である。その結果、明治初年から続いた熟談、熟議、協議の区分、これにまつわる複雑で多面的な論争を検討対象から外すことになった。

（い）国体淳風美俗論の疑問、訴訟手続に対する楽観

川島（法意識171頁、173頁）は、調停制度の立法に当たり「国体の本義」（昭和12年、文部省）の論理を援用し、これを家族法にも拡張して人事調停法の制定に至ったとする。しかし、家審法、人事法立法関係者は「国体の本義」に基づく法理論の不十分さ（国家法人説を否定するのは誤りであること）を認識していた。したがって、「国体の本義」を批判する川島の議論は支持できるが、淳風美俗をそれと一体視することは疑問である。国体淳風美俗⁴⁹という概念をもって明治民法を論じる所説は、大正要綱、その後の家審法案および人事法案の審議過程に照らせば、飛躍があると考え⁵⁰。もっとも、淳風美俗は、国体の思想を含意する面があったので、良い面だけを維持したいとした穂積重遠の議論も、立法審議に際して、国体と淳風美俗を一体化するよう求める見解を切り捨てることはできなかった。この点で、明快さを欠くという非難は甘受せざるを得ないが、それだけを強調することはやや一面的な議論ではあるまいか。これに先だち、穂積陳重は、明治民法制定時、早晚、親族・相続編の改正は免れないから、パンデクテン法典の方式を採用して将来の身分法改正に備えていた⁵¹。それゆえに、昭和民法（家族法）の改正が、短期間に

49 磯野誠一「明治民法の変遷」中川善之助他5名編『家族 家族問題と家族法Ⅰ』（酒井書店、1957）362頁。

50 拙稿・協議の意義と系譜（下）166頁～179頁。なお、石井紫郎『日本人の国家生活 日本国制史研究Ⅱ』（東京大学出版会、1986）341頁は、日本の私法成立に関して、「私権はわが国では当初から国家によって認められ、作られたものであった。」近代的所有権は地租改正・地券制度を起点とし、家族法は徴兵制と結びついた戸籍制度と抜きにして語れず、近代諸法典は条約改正実現の手段として編纂された側面をもったことを知るべきあり、次いで、わが国の民法学者のほとんどが権利を（国家）法により認められたものと定義する考えを採ることの問題性を指摘する。また、内田・前掲注（16）173頁、189頁、190頁、221頁、262頁、339頁以下参照。

51 本稿（上）前掲注（1）拙稿・協議の意義と系譜（下）165頁

急ぎ改正したそしりは受けるにせよ、実現することができた歴史的事実にかんがみれば、大正要綱以降の長期にわたる慎重でねばり強い立法作業の実際を知らない制約のある議論であった。

次に、国体淳風美俗論を敷衍した磯野誠一・磯野富士子『家族制度－淳風美俗を中心として－』（岩波新書、1958）は、以下のように説いて淳風美俗および調停に対し批判をくわえた（180頁、181頁、185頁、186頁⁵²）。民法には家族間の権利義務を規定しながら、他方で、権利主張などを考えないようにする家族道徳を国家統制による義務教育で教え込んだ。より直接的には、家族内紛争に法律の適用（訴訟手続）による解決をさけ、調停による問題処理を重視しようとした。そして、家事調停制度への懸念として、当事者が権利主張を欲しているときに、それを思いとどまらせることは権利の保護をあいまいにさせないだろうか。より正確には、当事者の心理的なもつれを解く努力と権利義務に関する取り決め（慰謝料、財産分与など）を渾然一体として扱う仕組みそのものに批判の目を向けるべきだ、というのである。以上のうち、後段の司法機能と人間関係調停機能を混淆してはならないとの指摘は、とりわけ、一般家事調停においては一部の改善を要請するものとして、今も正當なものを含む。

しかし、前段については、少し説明を必要とする。それは、民法と訴訟法との関係に関する姿勢を論じるので、本筋を離れるようにみえるが、ここで検討する。

52 磯野富士子「家事調停の法的側面と人間関係調整の側面－イギリスの『峻別の原理』と日本の『融合の原理』」法律時報30巻3号（1958）285頁以下参照。この論文は、理論的にはイギリス法と比較論を述べる点（当然ながら、現在のイギリス法の状況を知らない時代的制約はあっても）は理解できる。特に家事調停のあり方として、法の適用と人間関係調整との融合が「渾然一体」となして怪しまない非論理性を批判し、「峻別の原理」と一度も対決することなしに「融合の原理」を自明のものとする態度に疑問を提出する（285頁）ことは正當である。調査官の調査を司法的な調査と区別してケースワーカーとして訓練すべしと説くところ（292頁注（7）参照）は慧眼である。しかし、融合の原理を突きつめると家族法によって夫婦の権利義務を定めること自体が無意味になる（289頁）とする点はやや飛躍があり賛成できない。以上は、磯野誠一「家事調停についての一考察」ケース研究90号1頁以下（1965）についてもほぼ同様に考えるが、「法律を後に、良識を前に置き」（4頁）については次のように考える。調停前置の原則は、法律（権利）を無視して人間関係だけで処理するのではなく、むしろ磯野両説の批判を咀嚼した上、「手続保障の尊重」という観点から条文ごとに検討し改善しつつある。

民法が家族間の権利義務を規定したという意味は、夫と妻の間でも所有権尊重の原則、契約自由の原則という財産法の論理は（一部に留保はあった）、個人としての法主体性を認め、この点を後退させなかったこととの総体をさす。これが確認すべき最重要点である。その結果、市場経済の発展に伴い、家族の絆はさまざまに傷つけられ翻弄されたが、財産法の原則に従った権利行使を道義観念の教育により緩和しようとしたことをいう点は、仔細には異論もあるが、ほぼ同調したい⁵³。次に、家庭内紛争を訴訟手続によることなく、権利保護をあいまいにする方向で調停による処理をしたと述べる。この点の扱いは微妙なものがある。まず、夫婦親子といえども、財産法の権利行使を制約しようとしても、民法の規定を改めることは国家の方針である泰西主義化という個人主義的な近代化路線を否定するになり、限度がある。まして、財産法の規定に従った民事訴訟法・民事執行法の貫徹を避けることは望むべくもなかった。さらに、訴訟手続によらないとは人事訴訟手続によらないことを意味するならば、むしろ大正要綱がめざし、家審法の立法がめざした目的は、離婚訴訟手続が機能せ、ず妻の保護に欠ける不公正さを糾すため、むしろ訴訟に非ざる手続を創設しようとした点にあった。論者もこれを全面的に否定する趣旨はないと思われ、その本意は微温的な立法措置であり、民法上の権利行使を萎縮させる意図が伏在したとして、批判するのであろう。しかしそうであれば、この部分の論旨は疑問である。民事訴訟、人事訴訟が、市場経済の中それも大衆社会において、その仕組みだけで適正に機能することを無条件に前提としているからである。ここには、やや素朴な訴訟万能主義の傾きが強い楽観と共に極端な非訟万能主義に対する歴史的な反感があるように思われる。

（う）立憲主義に対する家族法学の位相

昭和戦後期の初期における家族法と立憲主義の関係を考えると、憲法に対して警戒的なものと憲法への信頼感の強いものの2つの対立があった。

第1の立場は、明治憲法下でもねばり強く立憲主義を守り抜いてきた立場で

53 内田・前掲注（16）117頁、135頁、160頁、173頁～175頁、189頁以下。

ある。大正要綱に起点を置く家事審判法案、人事法案の立法は、国体淳風美俗論に基づき明治憲法の立憲主義を否定しようとする政治的な動きに対して、火中の栗をひろう気迫をもって内容的にはこれに反対する立法をめざした。実定法のなかに常に二面性を溶かし込み、必ずしも実定法と単純に向き合わない複雑さが身についた立場である。我妻榮、中川善之助、村上朝一⁵⁴などがここに属す。

第2の立場は、社会実態を批判の対象として、新しい憲法の基本理念を前提とした立憲主義だけを信奉し実定法を素直に尊重する立場であり、家事審判法案、人事法案の立法趣旨に隠された意図を不十分なものとし、憲法理論に対する疑念を持たず、実定法のあるべき姿を求めるものである。川島武宜、兼子一、磯野誠一、磯野富士子などがここに属す。

ところで、明治憲法下における立憲主義、法治主義という近代法の基本理念を前提とする立法活動の詳細、言い換えると、第1の立場と国体淳風美俗論とのたたかいのはほぼ秘密裡に、きわめて法技術的な外装をもって行われた。あるいは、ときに外国法を参考とし、ときに民俗学・社会学的理論を参考とした専門的な法理学上の学説のたたかいという外皮をまとっていた⁵⁵。それらは、国民大衆の目からは、分かりにくい法律家内部の論争にしかみえなかった。

こうした問題を、駆け足で大衆に分かりやすく説くためには、日本人の「法意識」という抽象的な観点で論じることを介して、個人の意思決定の形成という個々人の内心のあり方に反省を促す手法を採ることはごく自然であり合理的な選択であったと思う。

（え）常識による紛争解決と法による紛争解決

川島は、常識で紛争を解決すべきであるという思想を非難する（法意識175頁）。そして、穂積重遠の人事紛争を法廷で処理することはよろしくないという考えを批判する（法意識180頁）。たしかに、民法（家族法）、家審法（今の

54 村上朝一が家審法1条の起草をした（内藤頼博他・前掲注（38）140頁）ことの意義はまことに複雑で立法の奥深さを示している。同条は、2011年（平成23年）の家事法の制定により廃止され、その時代的使命を閉じた。

55 平井宜雄「いわゆる『身分法』および『身分行為』の概念に関する一考察」『民法学雑誌 平井宜雄著作集Ⅲ』（有斐閣、2011）300頁（初出は、加藤一郎＝水本浩編＝四宮和夫先生古稀記念論文集『民法・信託法理論の展開』（弘文堂、1986）所収である）。

家事法)の知識を持たないように常識で処理させようとするのは誤りである。では、学ぶべき法とは何か。法というもの（法システム）は国家の法システムに尽きるというならば、それは疑問である。権利を国家法により認められたものと定義する考えに従えば、訴訟制度を尊重し、非訟的紛争解決制度は次善的な制度、自主的な解決は社会的力関係に左右されることを免れないから、矯正措置のない限り、きわめて不完全な制度であるとみなしがちである。

穂積重遠は、常識と法の融合を求めたが、その前提にある人間像は財産法における人格ではなく、なま身の人間である。協議では合意だけでなく、合意に至る過程を扱う。それは、避けようもなく人の日常生活の意識（習俗、習慣、道義観念など）を扱うことである⁵⁶。日常生活の意識を扱うために、科学的見地から整理をしようとして、人間関係諸科学を適用することになり、人間関係調整機能および司法的判断機能（司法機能）の併存という考え方が次第に形成されていくことになるのである。家事事件について、これを考察することは、家裁調査官制度およびこれが担ってきた執務内容を確認めるところから、始めなければならない。

この問題に入る前に、そうした家庭裁判所実務の改革改善を支えた基礎理論とも目すべきものに多少触れたい。

（7）小括

昭和戦後期第2次改革は、実は大正要綱以降、昭和戦前期から、その胎動は始まっていた。したがって、川島武宜の調停批判もまた明治維新前後から敗戦前までを一体として分析して、敗戦後の調停制度に対する疑問を批判した。本稿は、協議の概念を考究する観点から、同批判の限界および留保の意味を明らかにしたので、次に、家庭裁判所の調停実務を動かした2つの所説をみることにする。

（あ）我妻榮の民法（家族法）と手続法論

我妻榮は、1952年（昭和27年）に「家事調停序論」（以下「我妻・序論」という）⁵⁷を、1959年（昭和34年）に「離婚と裁判手続－最高裁の一判例を機録

56 本稿（上）前掲注（1）拙稿・協議の意義と系譜（中）128頁。

57 我妻榮『民法研究Ⅶ-2 親族・相続』（有斐閣、1969）119頁以下（初出は穂積先生追悼

として－」（以下「我妻・手続」という）⁵⁸を発表した。

我妻・序論は、我妻は穂積重遠の米国の家庭裁判所を論じた所説を支持し、中川善之助の身分法の本質（非合理性）に賛成し⁵⁹、家庭事件は本質的に調停に適するが、調停は裁判を補充する制度である（130頁～136頁）。家事調停は「実定法で定めえない、また定めることを適当としない身分関係について、具体的な立法をするものである⁶⁰」。また、「目前の紛争の解決だけを目的とせず、将来にわたる家庭の維持を目的として、他のあらゆる公私の施設と連絡して解決方法を定め、かつ、その実現を見届けるまでの責任を負わなければならない。」（138頁、139頁）という。その上で、我妻・手続は、これを大きく前進させ、いわゆる「第三の手続」（第三の審理手続。172頁・初出論文16頁）論を展開し、家審法の乙類事件の解決方法として「調停→調停に代わる審判（家審24条）」（168頁）を考察した⁶¹。そこでは、2つの面から紛争を解決しようとする。① 調停前置の原則からまず調停によって家庭事件を解決させ、② 調査官制度によって科学的手段に訴えて事件の合理的解決を図ろうとする。あるべき「裁判手続は、裁判所に持ち出された一個の不幸な社会的事実を精神的・経済的・社会的のあらゆる方面から、科学的に検討し、当

論文集『家族法の諸問題』（1952）所収である）。

58 我妻・前掲（57）153頁以下（初出は『民商法雑誌39巻1・2・3号』（1959）1頁以下所収である）。

59 我妻が中川理論を支持する意味・内容は、平井・前掲注（55）294頁、295頁が中川理論について整理するところと同様であると考えている。また、平井・同論文305頁が中川理論の実質的な意味は失われたという指摘は、我妻・序論のうちの中川理論にかかる部分を修正したものと解する。

60 竹下守夫「司法制度改革と家庭裁判所—家庭裁判所への期待—」ケース研究278号56頁、58頁（2003）は、家事調停は注文仕立ての救済方法（Tailor-made remedies）であり、また、家事調停の法創造的機能を意味するとして、我妻・序論の所説を支持する。ただし、竹下が我妻・手続の所説には言及しない点には注意を要する。

61 平井が「中川哲学」の評価として論じた部分（前掲注（55）306頁、307頁）は、同論文上明示されていないが、中川理論の歴史的役割を果たし終えたとして位置づけることで、我妻説のいわゆる「第三の手続」論について中川理論に賛意を表する部分を修正した上で、「第三の手続」論を財産法の基本構造と同質であることを論証して具体的な内容を明らかにしたと解する。また、平井説の前提には、家庭裁判所の独自の司法的機能を指摘し、家事調停の意義を正確に述べる久貴忠彦の所説がある（久貴忠彦・右近健男・浦本寛雄・中川良延・山崎賢一・阿部徹・泉久雄著『民法講義7 親族』（有斐閣、1977）35頁、37頁（久貴忠彦参照）。同時に、川島武宣の批判と留保部分の指摘に依えた家裁調査官制度の充実などによる家事調停の運営改善に対する好評価がある。

事者の納得をうることに努めながら、個別的な、しかも客観的合理性のある解決案をつくり、当事者の同意をえられないときにも、最後にはこれを強制するもの、ということになる。」(169頁)と述べる。調停を補充的なものとした点に疑問を呈し、調停段階から裁判所の科学的調査による個別的合理性をおりこまねばならない(180頁)。それゆえに、当事者が合意するのが理想ではあるが、できないときも、そのまま裁判として効力をもつ、というのである。最後の点について、裁判の形式を異にするかどうかについてさえ拘泥しないで論じる。そこでは、非訟的手続が予定されるが、従来の非訟の手続だけで十分かという根本的な疑問を提起する。私法は、次第に恒久的に修正を受けつつあるので、「その国家的実現を担当する裁判の審理手続だけが従来の伝統に立てこもることは許されないのは当然であろう。それなら、これをいかに修正すべきか、その規準を知りたい。」(181頁)と結ぶのである⁶²。

我妻は、身分関係の司法処理において口頭弁論を中核とする近代的訴訟手続（人事訴訟手続）は不適當であるので、新たな手続を創案しようとする。裁判の補充としての家事調停の有効性を認めた上で、審判と調停を主従とみる組み合わせを調停から審判へとつなげる組み合わせに転換させる。協議を中心とする家事調停を前置させ、乙類審判を裁判として後置させ、両者を〈調停－審判〉と組み合わせる訴訟手続と非訟手続を融合した新たな手続を創唱したものである。それゆえにこそ「近代法の基本的構造に対する大胆な挑戦

62 平井・注(55) 306頁～307頁は、親族法・相続法の特殊性が、実体法の平面で考える限り、存しないという鈴木録彌の所説（鈴木『相続法講義改訂版』（創文社、1996。初版は1968）238頁以下）は支持されるべきであるが、その特殊性は紛争処理にあたり家庭裁判所が特別の手続に基づいて関与する、という手続面にある、とした。これに対する鈴木への回答ともみられ得る実体法と手続法に跨る論考として、同「親族法・相続法における『協議』について」東海法学3号1頁以下（1989）がある。

を含むもの」⁶³と述べたのであろう⁶⁴。我妻・序論から我妻・手続へと飛躍した革新的な立場から、1961年（昭和36年）『親族法』⁶⁵を執筆して具体的な解釈論を展開したと解される。

（い）内藤頼博と裾分一立の所説

内藤頼博は、1964年（昭和39年）、家裁実務の基礎理論などを次のように主張した。

家事事件には2つの路線がある。人間関係調整と権利義務の紛争を解決することの2つの路線を1人の裁判官が同一の手続ですることは正しいのか疑問がある。しかし、これらは別々に存在するものではなく、互いにかみ合い、反撥し合うものである。家裁では、最終的には法的判断は裁判官の手にゆだねられるのであるから、結局、裁判官の主宰する手続によって一つに統合される⁶⁶。家裁で扱われるのは、多くの場合、なま身の人間で、法律の世界に抽象された「人格」ではない。家裁で解明されるのは、多くの場合、人間行動そのものであって、法律上の「意思」による「行為」ではない。内藤はここでは家事調停を主たる職務とする家裁の裁判官に対する執務の本質を指摘するものであり、米国最高裁判事カルドーズの言葉を引用する⁶⁷。すなわち、「家庭裁判所は、ただ古い判決を引用するだけでは解決することができない人間の問題を決定しなければならない。有名な事件で学識のある裁判官が述べた

63 この点、我妻・手続173頁注（二）は示唆を受けたとするボッシュ（Bosch）の所説を掲げる。同説は、民事訴訟法を廃止して、調停（Schlichtung）で紛争解決をはかろうとする動きに反対し、訴訟手続と非訟手続の民事訴訟法の基本原則（たとえば、弁論主義）を修正して、訴訟手続と非訟手続を融合した手続を提唱するものであり、弁論主義については、当事者の主張内容が裁判官にとって真実とは思えない場合に、これを斟酌しない。ただし職権探知主義ではなく、検察官の関与により、真実に見合った事実の主張を求めるなどとされる。ボッシュ説については、本間靖規氏（早稲田大学教授）のご教示による。記してその学恩に対し深く感謝申し上げる。

64 平井・注（55）307頁～309頁（1986）は、親族法・相続法の特殊性のうち、紛争処理の手続の特殊性とは、親族法・相続法には「目的＝手続決定モデル」の進出が著しいこと、このモデルと「法的決定モデル」の矛盾相克が激しい分野である点にある、という。さらに、平井・注（55）311頁～313頁は、2011年（平成23年）の「追記」において、親族法・相続法（非市場的財産承継法）には一括して扱うべき実体法的な特質および家庭裁判所の介入という手続面の特質があるのではないかと問題を提起する。

65 我妻・前掲注（12）『親族法』137頁、159頁、188頁参照。

66 内藤頼博「家庭裁判所における一つの視点—家事事件について—」判例タイムズ167号13頁（1964）。

67 内藤頼博・判例タイムズ165号巻頭言（1964）。

ことをくり返しても、少年や少女や家庭の将来を設計することはできない。」。また、内藤は「家庭裁判所では、日々処理される数多くの事件の経験の集積が、法律の解釈を決定してゆくというほかはない。」⁶⁸という。家事事件についてみれば、家事調停実務の集積が裁判官の法解釈を決めていくというのである。この短い指摘は、調停実務が数十年にわたる全国的な集積をしたとき、家事審判、離婚判決にどのような影響を及ぼすのか⁶⁹、注意深くみつめる必要のあることを示唆している。内藤は、家庭裁判所は地域社会の要求を知り、地域社会が家庭福祉のための施設や人材を援助し、地域の関係機関や関係者と協力すべきであることを求め⁷⁰、さらには、世界の家庭裁判所の動向をみすえた上で、裁判官だけでなく、「弁護士には、民事刑事のほかにもう一つ、第三の役割ができた」⁷¹旨を指摘したのである。

次に、1972年（昭和47年）家庭局長に就いた裾分一立は、1969年（昭和44年）、家庭裁判所は管轄全事件を通じて、事件当事者を人間として、法的に遇する裁判所であるとの認識に立って、その背骨を彫琢していくべきことを提唱した⁷²。昭和戦前期の家事審判制度は、いわば家庭裁判所の胎児の時代であって、家事審判制度は訴訟手続に対するアンティテーゼとして生まれた。そのうちの家事調停は、いわゆる調停裁判説に同調するものではないが、調停で定められた条項は当事者間の紛争が裁判所で具体的に解決された結論であって、権力によって担保されている以上、双方にとって実在する法としての意味を持つ。この点で、具体的妥当性が主張される調停の場では、そこにあらわれ

68 内藤頼博「法律学と他の諸科学の交流—家裁調査官研修の課題」法律時報29巻4号67頁（1957）。

69 竹下・前掲注（58）57頁は、法創造的機能の一例として、離婚の際に子の監護権をもたない親の面接交渉権（面会交流）を認めるに至った発展過程に言及し、①調停実務で当事者間の合意に基づいて面接交渉権を認めることが集積され、②乙類審判でも認めることが集積され、③離婚訴訟の附帯処分の中で子の監護に関する処分の一種として認めるようになったと指摘する。竹下は、実体法上の権利が判例法上形成され得る実例があるというが、我妻・手続が提唱する個別ケースにふさわしい解決方法を工夫し得る「手続」制度を創設すべきか否かには言及しない。

70 内藤・前掲注（67）参照。

71 内藤・前掲注（38）159頁。

72 裾分一立「家事事件雑感」裾分一立判事遺文集刊行会編『裾分一立判事遺文集』（非売品、1980）83頁以下（初出は広島家裁庁内報33号（1969）所収である）。

る主体は、抽象的な「人格」Person ではなく、「人間」Mensch でなくてはならない。人間—それは血と肉を備えた具体的な存在 konkretes Dasein von Fleisch und Blut そのものである。民事実体法で「人格」として登場した主体は、その個別性を求めて、「人間」として登場する場を求めようとする。この要求の顕著なる領域こそ身分法の分野である。家事事件では、審判であれ、調停であれ、人間の探求から出発しなければならない。

調停の場における、具体的事件の申立人、相手方、あるいは関係人について、その人間を追求解明すれば、紛争の実態、特性が明らかになり、その原因を知ることができ、ひいてはよき解決方法を探りあてることができる。そこで、当事者の家庭の歴史に対する調査や、その環境に対する調査を怠らず、ときには個人の成育以前にさかのぼり、また、家庭内の環境だけではなく、地域社会のそれに及ぶこともある。こうした機能を十全に果たすために調査官の制度を設けている。調査官は、カウンセラーでもあり、インベスティゲーターでもある。従来、調停委員と調査官の間がしっくりいかないこともあるようだが、必ず克服しなければならない、という。

裾分は、同年、「裁判雑考」⁷³という論説を発表した。人事訴訟に関する部分（要旨）は、次のようである。裁判上離婚の宣言では、これに伴って、当事者の一方を親権者と定めなければならないが、この場合、いずれを親権者と定めるかについて法は定めるところがない。具体的場合に、親権者によりふさわしい方を定めるべしということを自明の理としているが、要件概念の内包としては無内容にひとしくその非訟性は蓋うべくもない。協議離婚の場合には、親権者を定める協議がととのわなければ非訟手続で定める。しかるに、裁判上離婚は、訴訟事項とされているからこれに付随する親権者指定の手続も訴訟によらざるをえない。子の監護者の指定、財産分与の処分も同様である。そして、離婚訴訟の訴訟物は離婚請求権の存否確認ではなく、婚姻破綻という事実の存在に対して、婚姻という既存の法律状態を変更してこれを終焉せしめる形成の裁判であるから、離婚訴訟が必ず訴訟事項でなければならない

73 裾分一立「裁判雑考」最高裁判所事務総局家庭局編『家庭裁判所の諸問題（上巻）』（法曹会、1970。家庭裁判資料85号は1969年）61頁～71頁。

わけではない。もっとも、直ぐに離婚を非訟による処理に移す立法をなすべしとはいわない。だが、離婚の調停と離婚の裁判が二元的体制の下にあることを改善し、当事者間の人間関係の調整に務めた後に、破綻の宣言とこれに随伴する諸事項をも処理するような一貫した手続と機構を考えるべきである。そこになお、訴訟と非訟を分ける厚いドグマの壁があるならば、せめて二つの手続を一つの裁判所で処理し、可及的に有機的な運用を期すべきであるという。

裾分は、家事調停の実践についても、分かりやすく説いている⁷⁴。すなわち、家事調停は、家庭紛争を扱い、訴訟のような形式にとらわれない手続で、事案の実相を解明し、当事者の合意に基づき、条理にかなない実情に即した解決を図ることを目的とする。法的にも筋の通った解決が望ましいが、調停の結果が必ず現行法規の具体的条文のとおりでなければならぬわけではない。ここが裁判とは異なる。むしろ、条理にかなない事案の実情に最も適した解決方法を自主的に選ぶように導くことが肝要である。紛争の解決には、その真因を見抜くため、当事者の言うことを十分に聞き、事実の調査も進むとおのずから解決の方向が出てはくるが、その方向で無理に説得しても成功は難しい。「できる限り、当事者自身に問題点を気づかせ、当事者自身に解決の意欲を起こさせ、当事者自身に解決方法を考えさせるようにすることが肝要」であると述べる。

以上にふれた内藤頼博と裾分一立が明らかにした家事調停、審判、訴訟にかかる基礎的なものの考え方は、現在まで家事実務において脈々と受け継がれている⁷⁵。家族法学界においても、大村敦志は、「家族法における人は人格と人身を備えた（あるいは性別・年齢・既婚未婚の別・子の有無や健康状態などの属性を考慮に入れた）より具体的な存在である。」⁷⁶と主張して、穂積重遠、我妻榮ほかの考えに理解を示し、家事実務の基本的な考え方を支持する。

我妻榮、内藤頼博らの所説を全体としてみると、穂積重遠の影響が色濃く

74 裾分一立「期待される家事調停委員像」沼辺愛一・岡垣学・野田愛子編『新家事調停一〇〇講』（判例タイムズ社、1975）15頁～17頁。

75 栗原平八郎「家庭裁判所五〇年の回顧と展望」ケース研究260号87頁、88頁（1999）。

76 大村敦志『民法読解 親族編』（有斐閣、2015）479頁。

うかがわれると共に、家庭裁判所が創設するに至るまでの大正要綱以降の長い立法過程の理解と昭和戦前期と同戦後期を跨いで流れている基本原則が連続している。その上で、新憲法の制定という大きな断絶を経た新しい息吹にみちた潮流を踏まえた革新的な法制の樹立をめざすものである⁷⁷。

4 家庭裁判所調査官実務の変遷

（1）家裁調査官のいない時代の家事調停

1948年（昭和23年）の家事審判所の家事調停および翌年の家庭裁判所の家事調停に関する資料は少ないが、家事資料研究会⁷⁸『転換期における家事資料の研究－昭和23年・24年－』（－報告書第一輯－）（家事資料研究会、1963年・昭和38年。非売品。以下「家事資料の研究」という）に基づき簡単に触れる。なお、この研究の一部には、1948年（昭和23年）から1961年（昭和36年）までの調査を含むものがある⁷⁹。明治民法の下における旧意識を強く残す紛争のあり方が報告されている。貴重な内容が多いのではあるが、都合により本稿に関連の強いと考えたケースを、以下に紹介する。

関西支部通覧（谷口知平外）

京都家裁23年度事件 同居していた親（申立人）と子（相手方）夫婦の争いであり、子が別居するが、月1回妻子を連れて父宅を訪問することとした調停成立例（6頁）。

神戸家裁23年度事件 外国人同士の事件で、毎月1回終日または2回半日非監護親の欲する場所で長女と面会することができる。面会日は2日以前に予告協議するものとする旨の調停成立例（8頁）。

77 大村・本稿（上）前掲注（61）『穂積重遠』167頁は「日本の家族法学には戦後改革による亀裂が走っている。戦前の法状況と戦後の法状況は根本的に異なるという漠然とした認識が広がっており、その連続性に対する関心は希薄である。」と批判する。

78 家事資料研究会は、我妻榮が中心となり、唄孝一が事務局長的な立場で、市川四郎（当時、家庭局長）、沼辺愛一（当時、家庭局第一課長）などの全面的な協力のもとに、谷口知平、神谷力、品川孝次、石川恒夫、遠田新一、湯沢雍彦、佐藤良雄、唄孝一、服部秀一、林千衛の各報告から成るものである。なお、本書は学習院大学図書館蔵本である。

79 これは、水戸家裁下妻支部における調停事件の報告であるが、湯沢（当時、東京家裁調査官）がその一を担当し（174頁～218頁）、佐藤良雄（当時、東京大学助手）が「その二」を担当する（219頁～398頁）、詳細なものである。

同家裁23年度事件 妻と夫が婚姻を継続することし、夫は妻に不動産の所有権移転登記をすることとし、未命名の子が夫の子であることを認め、双方協議の上、戸籍の届出をする旨の調停成立例（9頁）。

松江家裁木次支部23、24年度事件（武井正臣） 姑または夫による追出し離婚の紛争がほとんどである（13頁）。家庭内の紛争に対する部落会の斡旋活動がある例、調停委員会に対し部落会員が連署し解決方針を記した上申書が提出された例（14頁）。私的和解と調停手続の中間形態ともいえるべき例、すなわち、調停申立→取下（当事者間の和解による）→同和解不履行により再調停申立→取下という例（15頁）。

北海道支部の報告

札幌家裁23年度、24年度甲類事件 養子縁組許可審判事件であるが、養子の両親死亡に伴い親類協議の上養親の子としたい旨の養子縁組の動機がある例（57頁）。

広島家裁における調停事件（遠田新一）

広島家裁24年度事件 逆縁婚の夫婦が離婚した調停成立例（85頁以下。なお、ある県の農村部では20軒に1軒くらいの割合で逆縁婚があると指摘する。）

広島家裁24年度事件 実父母が原爆で死亡した子をめぐり（祖母が戦禍を避けるため孫とともに疎開していた事案）、父側の祖父が母側の祖母に対する孫の引渡し調停事件において、祖母の居住地の村長、民生委員、小学校長、婦人会長、社会教育委員、庶務委員が連名で審議意見書を提出した例。内容は、婚姻当初の協約で決めていたことを尊重されたい旨の上申書である（98頁、99頁）。

広島家裁24年事件 原爆で死亡した亡姉の夫と婚姻した妹（順縁婚）が、離婚を申し立てたが、円満取下げで終了した調停成立例（121頁）⁸⁰。

水戸家裁下妻支部における調停事件（湯沢雍彦、佐藤良雄）

湯沢雍彦が担当した扶養事件、遺産分割事件、親子関係存否確認事件については、調査官による事実の調査が行われるようになったのは、昭和27年に

80 前掲『家事資料の研究』150頁（武井正臣）によれば、広島家裁の調査では、23年度の記録は廃棄済みのため、24年度の調停事件約300件のうちの原爆被爆者の遺家族の家庭事件26件を検討したものである。

家事係調査官制度が設けられてからである。それ以前は、証拠調べの形式が採られていた（218頁）。

佐藤良雄が担当した婚姻関係事件（婚姻継続中の紛争）について、婚姻期間が比較的長期の紛争は以下の特徴がある（227頁、228頁）。夫婦だけの紛争が多く、親兄弟は関係していない。紛争原因は一方の不貞行為が多い。紛争は以前から潜在しているところ、何かを契機として顕在化する。離婚を申し立てたが、別居として解決されることが多い。

下妻支部23年度、24年度のうち、請求における離婚と金品と子の処置の内容を求める事件総数は80件で、うち子の処置を含む事件数は45件（56%）である（第27表。253頁）。佐藤は、家事調停における紛争関係には、事実上の紛争関係と法律上の紛争関係の2つの側面がある。この2つの側面に応じて、調停活動は人間関係調整の側面と法的側面があるとする。しかし、これは建前であって、家事調停でも窓口で高度に法律的な表現で書くように求める一方、訴訟でも事実上の紛争の側面が無視されてはなく、裁判官の心証に影響を与え、裁判の結論を左右することも軽視できないだろう、とする（254頁）。

昭和23年度の離婚調停事件で親権者の指定を決めた事件で、夫が親権者になる事件が7件/13件（うち1件は妻が監護者・養育者である）、妻が親権者になる事件が4件/13件、父母が子を1人ずつ親権者を分け合う事件が1件/13件である（第49表。292頁⁸¹）。昭和24年度の同種事件では、夫が親権者になる事件が12件/23件（うち1件は妻が監護者である）、妻が親権者になる事件が8件/23件、父母が複数の子について各親権者を分け合う事件が2件/23件である（第50表。293頁）。

（2）家裁調査官の活動と調査報告書のあり方

（あ）離婚調停と家裁調査官

離婚調停は、家庭裁判所の草創期には事件名も「離婚調停」または「和合調停」という申立ての趣旨に沿った名称を付したが、その後、調停事件名は「夫

81 23年度13件のうち1件は、未成年者の子がいるのに決めていない（前掲『家事資料の研究』291頁）。

婦関係調整事件」とされた。1958年（昭和33年）に発表された先行研究⁸²によれば、この調停事件は人間関係調整と権利関係調整機能の両面を持つ。この調停では、調停委員のいわゆる「年の功」「勘」「良識」では適切な運営はできないので、家庭裁判所調査官の活用による人間関係調整の近代化に努めている。家事審判規則7条の3は「事実の調査は、必要に応じ、事件の関係人の性格、経歴、生活状況、財産状態及び家庭その他の環境等について、医学、心理学、その他の専門的知識を活用して行うように努めなければならない。」と定める。その担当は、家裁調査官・医務室であるが、家裁調査官の人員および調査方法などが必ずしも充実していない。したがって、全国的には、調査官が夫婦関係調整等事件について上記した機能を果たす程度は低い。同調停事件において調査官に「事前調査」を活用し、調停進行にきわめて有益であったとし、参考として「事前調査」の実例2つを紹介する⁸³。事例（一）は、地方の慣習に従い、戦死した兄の許婚者（妻）と結婚した弟（夫）から申し立てられた離婚ケースの報告書である。事例（二）は、性格相違を申立原因とする離婚ケースについて心理学検査による報告書であり、6種類の心理テストを用いて、知能およびパースナリティを判定し、所見を付するものである。

家裁判事の村崎満⁸⁴は、家事調査官は少年調査官の模倣として設けられたもので、実務家の要望によりケースワーカーとして誕生したのではなかったというのが実相ではないか。調査官の活用について確たる定見はなかったという家事調査官草創期当時の評価がある。そして、調停の科学化、調査官による専門知識の活用といっても、現在の科学の発達程度では人間関係の調整の結論までを導けるものではなく、データー分析程度に止まるから、結局のところ、裁判官の世界観に帰着する。その意味で、家事審判官はヒューマン

82 恒田文次・糟谷忠男「裁判所に現れた離婚問題」中川善之助他5名編『離婚 家族問題と家族法Ⅲ』（酒井書店、1958）359頁～409頁。

83 恒田・糟谷・前掲注（82）374頁、386頁～392頁。なお、紹介された2つの調査報告書は、日上泰輔氏（当時、東京家庭裁判所調査官）の報告を大きくモディファイしたものであることを、糟谷忠男氏からご教示を受けた。記して同氏の学恩に対し深く感謝申し上げる。

84 村崎満「家事調停のあゆみ」『講座家族問題と家族法月報6』（酒井書店、1958）6頁、7頁。

たるべきという言葉に意味がある、という。

以上述べたところから、家事調査官制度の導入については草創期には紆余曲折があったことをうかがい知ることができる。今は、家裁調査官の活動と家事調停のあり方の関係は、しっかりと定着したものの、なお考究すべき課題は少なくない。根本的には、一つの家庭の紛争というものは家事事件の領域と少年事件の領域にまたがってあらわれることが通例である。ところが、調査官は家事事件、少年事件の双方を担当することが少なくないが、次第に専門的に分化する傾向がある。さらに、裁判官は民事事件、刑事事件の専門的に分化する傾向はより強いのである。その結果、裁判官、調査官の実務経験から家庭裁判所においても家事事件と少年事件を連携し総合しなければみえない紛争実態を把握することが難しくなっている。

（い）家事事件調査報告書

最高裁判所事務総局家庭局『昭和37年9月家事事件調査報告書記入要領』（最高裁判所事務総局、1962）により簡単に紹介する。

本書は、これまでは家事事件調査報告書の様式の定めはなかったが、家庭局が、調査官の調査活動の活発化（事前包括調査）におうじて、適正妥当性、効率性、科学的調査の必要性から2年間の研究を重ね、各庁の裁判官、調停委員、調査官の意見を求めた上で、その様式を定めたものである。制定された「事件調査報告書」は8種類である。養子縁組許可、後見人選任、扶養、親権者指定変更、遺産分割、夫婦関係調整（A）、夫婦関係調整（B）、資産調査報告書（財産分与）である。この特色は、家事審判事件にかかる調査報告書例として、養子縁組許可、後見人選任（以上は甲類）および遺産分割（乙類）、家事調停事件にかかるものとして親権者変更、扶養（以上は乙類）および夫婦関係調整（A、B）（以上は一般家事調停）の7つで調査事項は全て「事前包括」の事実調査命令によるものである。財産分与事件の資産調査報告書（乙類）だけが、調査事項は相手方夫の資産状況という「部分調査」である。この段階では、報告書の様式上、調停と審判の別は、事件名上は明記なく、事件符牒の「家」と「家イ」だけで区別していた。

事前包括調査のために、調査官がした面接回数は、遺産分割では5期日、夫

婦関係調整では2期日、養子縁組では3期日、後見人選任では2期日、親権者変更では2期日、扶養、財産分与では1期日である。

夫婦関係調整事件調査報告書の作成上の注意点は、以下のとおりである（22頁以下）。夫婦間の紛争は、多種多様かつ複雑であり、真の原因は意外と根深いところにあることが多い。まず、3つの点を配慮すべきである。①当事者の生活史や結婚事情などにすでに問題のあることが多いので、こうした要因を発見すべく重点調査をする。②紛争とその背景との関係を重視する。③調査項目は多く、詳細な記入を要するので、最初に当事者の主張を示し、次に、当事者の生活史、結婚史、紛争の経過と現状、生活状況、心身の状況、今後の生活方針、調査官の所見を書くことを求めている。

注目されるのは、生活史の把握であり、当事者の現在の行動や性格を理解する方法として縦断的に過去の要因を把握することである。結婚に至るまでの当事者の行動を通じて各自の性格を捉えること、すなわち、家庭や社会環境との相関関係において明らかにするために出生時、幼少年期、青年期、成人期に分けて調査する。また、結婚史の項では、夫婦間の紛争を遠因、間接的原因、直接的原因を精密かつ科学的に調査する。これにより、紛争の経過と現状の項では、紛争の発生から申立に至るいきさつ、現在の争点が問題となった経過を記載する。記入の方法は、紛争の背景、当事者がこれにいかなる態度、解決方法を示したかをダイナミックに書くことが望ましいとする。そして、人間関係の調整や生活環境の調整による解決の見通しに応じて、科学的対応または法律的判断の基礎的な事実を把握すべしとする。生活状況の項では、当事者およびその家族の生活の現状、経済の状況を明らかにして将来の見通しをたてるための事実関係の調査をする。心身の状況の項では、当事者の性格を横断的に分析・把握して、当事者の身体状況、両者の親和性を明らかにする。最後に、今後の生活方針の項で、当事者の主張が客観的な裏

付けのあるものか、社会的資源による支援などの有無を記入する。

この調査報告書の特徴は、次のように考える。すなわち、当事者の意思形成の過程は、社会心理上の意識と向き合いながら個人の意思決定を主体的に行えるように支援する基本的な立場にたつ。ときには、支援というより介入という見方もあるかもしれない。いずれにせよ、こうした家裁調査官の活動は、家事調停のあり方に大きな影響を与えていたことは間違いなからう。しかし、調停委員のすべてが、こうした調査報告の内容に同調するものばかりではなかったのではないかと筆者⁸⁵は推測する。

（う）調査官の人間関係調整活動

1964年（昭和39年）11月から12月にかけて1か月間の全国の既済となった婚姻中夫婦問題の調停及び審判事件の全件（ただし家審法23条事件を除く）について調査された「婚姻関係事件実態調査の結果」⁸⁶によれば、家裁調査官の活動について、以下のとおり報告されている。

終了した事件総数は1782件、調査命令を受けた事件数は492件（27・6%）、回数にして565回である。その種類は事前調査が圧倒的に多く307件（62・3%）、進行中調査が115件（23・4%）、その他である。調査活動のうち、調査事項は意向調査、資産収入調査、生活状況調査、性格調査、所在調査、出頭調査、その他である（60頁）。調査事項のべ総数は1765項であり、一回の調査あたり3・1項目を調査している。調査官活動のうち、事実の調査（家審規7条、同条の2）以外の活動状況をみると、人間関係調整活動が174回（全調査回数の26・0%）、環境調整活動47回（同8・3%）、その他のケースワーク的活動35回（同6・2%）などがある。この実態調査で初めて人間関係調整活動および環境調整活動が明らかになった。もっとも、人間関係調整活動および環境調整活

85 筆者は、1974年（昭和49年）、1975年（昭和50年）、東京家庭裁判所家事部で執務した。「家事事件調査報告書記入要領」は既に定着しており、多数の調査報告書を熟読しながら調停事件に取り組んだ。この経験が今に至る基盤の一つである。調査報告書の中に、前記日上泰輔（当時、東京家裁科学調査室長）作成にかかる報告書もあった（市川四郎他名「座談会 家事調停の実情と科学化」法律時報30巻3号321頁～323頁（1953）（日上泰輔発言）、日上泰輔「離婚原因と認知構造」『講座家族』巻4の月報（弘文堂、1974）1頁～3頁参照）。

86 最高裁判所事務総局家庭局「婚姻関係事件実態調査の結果」家裁月報17巻11号1頁～83頁（1965）。

動は、その概念が確立していないため、明示的の命令を受けた場合や、調査過程で多少とも人間関係の調整を意図して調査した場合も含まれているものと思われると報告された（74頁）。人間関係調整活動を行った回数の多い庁としては、東京、千葉、横浜、八日市支部、岩国支部、秋田、小倉支部であり、各庁によりかなりの差がある。また、庁の規模別にみると、人間関係調整活動および環境調整活動は、甲号・特乙号支部においてもっとも多い。事実の調査以外の分野における調査官活動がかなり活発になってきたとされる。

家裁調査官の活動については、前記した家審規則7条の3のほか、同規則7条の5には「家庭裁判所は、事件の処理に関し、事件の関係人の家庭その他の環境を調整するため必要があると認めるときは、家庭裁判所調査官に社会福祉機関との連携その他の措置をとらせることができる。」と定める。中原尚一⁸⁷は、当事者がある環境に適応できるように変化を促す対人的調整と、適応できる環境をつくりだす環境調整との2つがあり、前者は人間関係調整であり、後者は生活保護や母子寮、老人ホームの斡旋など環境調整を緊急事態における暫定措置または終局的措置（調停委員会の意向、裁判官の命令）である。また、調停委員会の人間関係調整は、当事者間の対立紛争を公正妥当に解決し、当事者の不適応状態を解消するための具体的解決案に歩みよらせるための助言説得が中心になり、調査官のそれは、当事者が自分の感情を整理し、自分が直面している問題に対して理性的に主体的に責任のある自立ができるようになるための支援活動であるという。後者は、人の心の中での矛盾対立の解消を援助する調整であり、それにより当事者の問題解決能力を高め、調停委員会の人と人との調整に間接的に寄与するものであるとする。

（え）司法研修所におけるラインスタイン・セミナー

ラインスタイン Max Rheinstein（当時、シカゴ大学教授）を迎えた、1961年（昭和36年）司法研修所における比較離婚法セミナー⁸⁸は、全6回にわたり、

87 中原尚一「家事調停委員と家裁調査官」前掲注（74）『新家事調停一〇〇講』41頁。

88 司法研修所『比較離婚法の研究－ラインスタイン教授セミナー記録－』研修叢書51号（1962）。各回の課題は、1回・有責主義と破綻主義、2回・協議離婚、3回・離婚手続、4回・離婚給付、5回・日本の離婚法に関するラインスタイン教授の質問、6回・総括講演と一般討論である。日本側のセミナー参加者は（裁判所）市川四郎、沼辺愛一、栗原平八郎、外山四郎外11名、（法務省）平賀健太、阿川清道外1名、（弁護士）鈴木秀

後に家裁実務に深い影響を与えたものである。全回が貴重で豊富な内容であるが、本稿の目的に照らして、協議離婚と離婚手続・家庭裁判所計画を主として、これらに関する質疑にも付随的に触れる。

a 協議離婚

ラインスタインの報告（24頁～34頁）日本で重要な役割を演じている協議離婚の制度は、西欧諸国の正式の法の中には存しない、または、ほとんど存しない。西欧では離婚とは裁判離婚の一つだけである（筆者注、一系列型離婚制度）⁸⁹。手続法は協議離婚を阻止するようにできている。しかし、現実には、協議離婚と同じことが実際には行われている。法的な離婚原因事実（不貞、虐待）を通謀して虚偽の陳述をすることで離婚裁判を得るなどである。書かれた法と現実の法の驚くべき不一致がある。議会が制定法を変えないとき、裁判官は制定法の中に新しい内容を盛り込める。そこで、議会ができない法の変動を裁判所が実現する。その結果、虚偽の事実⁹⁰で裁判をする離婚裁判は評判が悪く、尊敬を失う。弁護士の腐敗と法に対する尊敬の喪失という大きな代償を払わされるのである。私は、西欧の不健全な慣行、抜け道を使わずに堂々と健全なかたちで実現する協議離婚の制度に一種の羨望を感じる。協議離婚は、都市化し工業化した社会では必要なものである。日本の協議離婚制度はいわゆる機能の変化の一例である。古い時代の日本では、協議離婚は「家」の同質性を維持し、家に適合しない「嫁」を除くための手段であっ

雄外1名、（大学）川島武宜、加藤一郎、有泉亨、星野英一、中川善之助、唄孝一外5名、（司法研修所）橘喬、田辺公二外2名である。学会からは民事訴訟法学者のいないことが特徴である。以下、本文中では単に頁数だけを記す。

89 水野紀子「日本の離婚における法規制のあり方」ケース研究262号2頁以下（1999）、同「民法典の白紙条項と家事調停」『家族〈社会と法〉』16号129頁以下（2000）、同「日本の離婚手続について—比較法的観点からの家事調停の将来を考える—」ケース研究286号55頁以下（2005）は、日本も一系列型離婚制度に沿う改善を考えるべきであるという。二系列型離婚制度の運営・問題点に対する指摘は傾聴すべきものがある。なお、一系列型離婚制度を尊重するためか、民法（家族法）と家審法の総合的解釈という観点からは分りにくいものがあり、家事法の制定によりその傾向は一層顕著になったと考える。

90 末弘厳太郎『新装版 嘘の効用』（日本評論社、2018。所収の「嘘の効用」の初出は1922年（大正11年）である）15頁、16頁はラインスタイン報告と同旨を述べ、「一種の芝居」という。末弘は1922年（大正11年）に家事審判制度の創設を唱導し「協議」を本格的に論じた（本稿（上）前掲注（1）拙稿・協議の意義と系譜（下）172頁）。

たのだろう。現代では、互いに適合しない個人としての夫婦が婚姻関係を終了させることを可能にする機能を担っている。この機能の変化に応じて、離婚法の修正が必要になる。ただし、日本において、いかなる具体的修正が必要かは私の良く述べるところではない。

質疑の一部（要旨）を紹介すると、次のとおりである。

高野耕一 協議離婚の制度自体が追い出し離婚を生み出したのではなく、社会の男女不平等という実態がそこにあらわれる。協議離婚制度⁹¹そのものの罪とはいえない。この制度が男の専権離婚に利用されるということが強調されすぎている。（40頁）

市川四郎 協議離婚を制限的に修正する⁹²としたら、子どものある夫婦が破綻したときに、絶対に離婚を許さないというのではないが、子の福祉を考慮に入れて、離婚の方法その他子どもの福祉がなりたつような方法を講ずべきである。（44頁～46頁）

川島武宜、加藤令造 協議離婚にも一種の調停前置主義があるとよい。（42頁）

ラインスタイン アメリカでは、夫婦が別居するまでは離婚手続は始まらないが、日本ではどうか。

加藤令造、千種達夫、河野力 日本の調停では別居前に申し立てられる例が相当数ある。しかし、その割合は少ない。協議離婚をした後に、子どもや財産分与等を協議することは難しい。離婚のために家裁にきたときに（調停・筆者注）処理するのが合理的である。（46頁）

b 離婚手続－家庭裁判所計画－

ラインスタインの報告（49頁～59頁、64頁～70頁） 日本の離婚制度は、

① 裁判外での当事者の合意だけによる協議離婚制度、② 家庭裁判所の家事調停という助力を得て当事者の合意による離婚（調停離婚）、③ 地方裁判

91 なお、唄孝一「協議離婚についての若干の統計」前掲注（88）36頁、289頁以下参照。

92 協議離婚の制限的な修正という市川の問題提起はやや分りにくい。筆者は、これは一般家事調停における離婚の破綻という判断についての指針を述べたと解する。一般家事調停は、当事者間の協議が調停の場に移しての続行という性質がないわけではない。離婚の許否という離婚法と親権者の指定という親権法が交錯する中心にある一般家事調停の実務上の難問を協議離婚というかたちで問題を提起したように考える。

所における人事訴訟にもちこまれる離婚事件（全離婚件数の1%にも満たない）がある。この人事訴訟による離婚事件の管轄を、地裁にするか、家裁にすべきか、が問われている。西欧諸国の法制は裁判離婚が1つあるだけで、かつ、アメリカでの離婚の裁判手続、つまり、当事者対立的性質は虚偽のみせかけであるのに、公式にはこの事実を認めず、あたかも本当に訴訟で裁定されているかのようにふるまっている。私が興味あると考える唯一のものは「家庭裁判所計画」である。日本の家庭裁判所は全ての家庭事件を単一の裁判所に集中させ、一つのセンターをなしている。次に、家裁では当事者対立の訴訟事件ではなく（アメリカの離婚裁判では、職権による資料収集をできる規定が死文化し、実際は弁論主義で動いている。このために、離婚原因の審理を完全な公開原則の下で行うが、非公開にすることがむしろ家庭の安定をもたらす公共の利益に合致する）、非訟事件として厳格な方式にこだわらない方法で扱う。したがって、裁判官は、家庭紛争にかかる専門家であるべきであると同時に、心理学・社会学・教育学および精神医学等の訓練を受けた家裁職員の補助を受けることになる。アメリカでは、わずかの州でしか、家庭裁判所計画は実現していない（例外、良好な機能を発揮するのはオハイオ州トレド市の家庭裁判所）。アメリカで、家庭裁判所計画が大きな抵抗を受ける理由は、① 家裁の長所とされる審理原則は、有責離婚主義を否定し、破綻主義をもたらすとし、「安易な離婚」反対論者の強い反感を買っている。② 非訟的な審理原則への反感、伝聞証拠（家裁調査官の報告書の非公開）への反感、反対尋問権の保障への強い信頼感がある。③ 離婚に関しても法の支配を守るべきであって、人の支配を排除する。つまり、裁判所の裁量が広すぎるという司法の専断に対する危惧感と、家裁計画はパターンリズムのくさみがある。④ アメリカの裁判官については、職業裁判官ではないという特殊性からの危惧感がある。専門的な裁判官、専門的・補助的な職員をそろえるための膨大な財政負担を避ける。以上の対立は消えないが、家庭紛争に対する適切な措置は不可欠なので民間において裁判所外でのマリッジ・カウンセリング業務が確立されることになった。こうした専門的・補助者の発展は、西欧諸国でもみられるが、アメリカほど多数行われている国はない。したが

って、こうした特殊性を有するアメリカでは、家庭裁判所計画を採用することはないと考える。

日本には、① 離婚を認める協議離婚の制度のほか、② 本当に裁判すべきケースを扱う離婚訴訟制度があり、③ 調停により和合または離婚をさせる家庭裁判所の制度、という3種類の制度を設ける長所がある。さらに、④ 日本におけるマリッジ・カウンセリング業務を考える場合、家庭裁判所と全く切り離されたものではないかたち（一種の連携関係にある体制の構築を主張するものではない—筆者注）で検討するのが实际的である。

破綻主義を徹底する場合には、家庭裁判所は必然的にそれに必要な独自の手続を導入すべきである。破綻というあいまいな立証対象を捨てて、一定期間の別居継続の事実で破綻を推定する法則が樹立すれば、家裁の非訟手続は不要であり、地方裁判所でも容易にできる。（68頁）

市川四郎の報告（59頁、60頁） 離婚訴訟を地裁から家裁に移管すること、離婚訴訟を家事審判をすることの適否を報告し、どの程度の審理の公開、どの程度の厳格な証拠法則を採用すべきか、その他の論点を指摘する。日本の家庭裁判所の調停手続の運用についてはラインスタインから好評を得た。

川島武宜（60頁、63頁） 調停において、担当裁判官の個人差が大きい。当事者は、家事審判の基礎になる証拠が何かがわからず不透明である。家裁調査官が調停事件で十分に機能するほどの人的供給はなく不足している。家裁に関係する事件では破綻の程度が相当高いので、家裁だけでマリッジ・カウンセリングを担うのは難しい。その前段階のケースについて、市町村などの地方公共団体が予算を計上して担うべきである。

c 日本離婚法に関するラインスタインの質問

ラインスタインの問題意識（97頁） 日本は大きな社会変動の中にあり、その変動の主な分野は、家族である。同一国内、同時期に全く異なる家族のパターンが存在している。古い伝統的な家族、近代的（西欧的）な家族、中間にある無数の過渡的な段階にある家族が併存している。民法は、近代的な家族だけを予定し、「家」制度の維持には反対の立場にある。この民法下で、古い制度はいかにして残存しうるか、に興味をもつ。また、日本の判例が、破

綻主義と相互有責法理と結合させる動機は何か。相互有責法理は、民法上の規定には見出せず、判例の中で示されているだけである。

加藤一郎（103頁） 家庭裁判所にあらわれた離婚事件のうち、離婚成立率は50%あるいは50%強であるが、家裁にあらわれない協議離婚が多いので、日本は、西欧ほどあくまでも婚姻を維持しようとする思想はない。日本の家裁も同様であるという感じをもつ。

川島武宜（107頁） 家庭裁判所の調停では、最高裁の判決にもかかわらず、大部分は破綻主義で処理していると思う。

加藤令造、千種達夫（108頁） 上級審にいくほど、倫理上の要請という一般予防の意識が強い。一般予防と個別予防（妻の保護、離婚反対意思の尊重）の要請の二つがある。

加藤一郎（109頁） 一般予防と個別予防かについては、裁判官により異なり、上級審はより一般予防的、下級審は個別予防的という傾向があり、原告が妻か夫では異なると思う。河野力も同旨（109頁）。

星野英一（109頁） 調停の問題と裁判の問題を同じ平面で扱いすぎるのは疑問である。調停では、双方が納得するので問題はないが、破綻主義、有責主義は別次元のことである。調停の場合には、裁判と違い、当事者が望まないことはしないという考え方が裁判所にある。

d 総括講演、一般討議

ラインスタイン講演（114頁～） 協議離婚制度は、公明正大に行える良い制度である。西欧の制度は、抜け道的な技術を使う欠点がある。家庭は、社会の基本的単位であり、これがたやすく恣意的に解消できることは社会にあ

たえる悪影響は大家族制度の方が打撃は少ない。小家族ほどその破壊が全体としての社会に深刻な結果をもたらす。では、その保護のため必要最小限度の保障が必要だとして、いかなる手段があるかを考えるとき、基本的かつ唯一の保障として離婚法にだけ頼ることはできない。別の手段としては、高度の訓練を受けたマリッジ・カウンセリング⁹³が重要であり、日本の家裁は既に予防的マリッジ・カウンセリングの役割を担い、効果をあげている。したがって、カウンセリング業務を担う最良の機構は裁判所であると思う。近代社会における婚姻の安定性⁹⁴は、破綻主義に沿う離婚法（明確に定義された別居期間制度との組合せ）、マリッジ・カウンセリング制度、家庭生活のための教育制度の3つの組み合わせであると考ええる。

e ラインスタイン・セミナーの成果など

セミナー参加者は、このセミナーにより、当然、改善の余地はあるとしても、以下の方向に進むべきことを確認した。

i 公明正大な協議離婚制度 この制度は公正なものであるから、これに対する信頼感を高める改善をする。なお、同制度が追出し離婚に利用されとの見解は誇大であり、実証的根拠が弱い。

ii 家事調停制度を基礎にした改善 家事調停は良い制度として機能しているので、これを基礎として、日本の離婚法制改善に努める。一般家事調停の現状としては、判例法とは別に破綻主義的な運用をしている。裁判所は、家事調停では当事者が望まないことはしない考えで運営している。

iii 破綻主義と子の利益の関係 離婚法立法は、破綻主義に沿うものを整備し、別居制度を含めた実体法および手続法上の措置を講ずる。立法につな

93 筆者は、1975年（昭和50年）、東京家裁カウンセリング調査官室のカウンセリング活動を聴取する機会を得た。高度な技術を要するカウンセリング作業の難しさおよび当事者1人に要する時間の長さ（経費で見積もると高額）は、費用対効果バランスへの危惧感を持ったことを鮮明に記憶する。今では、カウンセリングという呼称ではなく、面接技法というかたちで、離婚カウンセリングは調停機能とは区別した援助活動として家事調停実務に浸透している（平木典子「夫婦面接—その留意点、工夫点— 家族療法・多世代理論の視点から—」ケース研究262号20頁以下（1999）、特に40頁）。

94 ラインスタイン「離婚法と婚姻の安定性」前掲注（88）173頁以下、209頁～211頁（離婚の予防的な手段のほか、家庭の破綻を癒す（ないしは再建する）ための手段の意味、和解の試みの過程での出来事は訴訟で用いられてはならないこと、とりわけ、失敗に帰した和解努力は離婚請求権の宥恕という消滅事由にさせてはならないこと等）。

がる実務（一般家事調停、審判、離婚判決）の改善指針として、離婚認容の判断基準として、子どものある夫婦が破綻したとき、子の福祉を考慮して離婚の方法その他子どもの福祉がなりたつようにする。

iv マリッジ・カウンセリングと司法手続の峻別 家庭裁判所の内部に高度な訓練を受けたマリッジ・カウンセリングは必要であるが、司法手続とは峻別する。カウンセリングその他の措置は裁判所と地方自治体との連携（予算の分担）を要する。

v 家庭生活教育の必要 離婚問題の適切な解決のためには、婚姻、夫婦、親子などにかかる家庭生活の教育が重要である。

（お）小括

以上の結論は、家裁調査官の活動を重要な要素として包摂した家審法上の家事調停制度のあり方を確定したことである。具体的に、民法典の「協議」を基礎に置く二系列型離婚法制のもと、家事調停と離婚訴訟、家事調停と家事審判の関係を整理すると、以下のとおりである。

日本の離婚法制は、協議離婚制度、家事調停離婚制度、離婚訴訟制度の3つがあるところ、前2者は協議離婚の系列に属する前置制度であり、離婚訴訟は他の系列に属する後置制度であって、西欧の一列型離婚法制とは全く異なる二系列型離婚法制である。協議離婚系列と裁判離婚系列の二系列をつなぐのが民法の正文である「協議」である。協議という当事者間の話合いの上で合意に至るといふ紛争解決方式（セミナーの当時は、本稿でいう「協議」概念は説かれていなかったが、協議の正文に応じた実態は存在した）の考えが、近代化・市場経済化の波に翻弄される家庭紛争を適切に扱える家庭裁判所の家事調停制度（一般調停・離婚訴訟の手続および乙類調停・同審判の手続）を創設した。協議離婚制度は、改善すべき余地はあるが、公明正大な話合いによる納得づくの解決を求める仕組みである。この協議が調わないときに、使いにくく時間と費用のかかる訴訟手続に入る前に、輕易、迅速、安価をめざして構築された家庭裁判所の手続は、国民の信頼を得て定着した。家庭裁判所の調停委員会という民間人を含む組織体の、家裁調査官、書記官の補助を受けて行ふ介入・支援（調停活動）は、昭和戦前期の構想を大きく変容・

洗練させて協議優先の原則、調停前置の原則を再生させた。また、調停の問題と裁判の問題を同じ平面上で扱いすぎないという基本原則が共有され、調停の実務では当事者の合意を尊重する運営が基調である点も支持された。

法の支配の観点から協議離婚制度が適正なシステムであると認知され、この系列で新しい工夫を行うべき根拠を得た。家事調停の人間関係調整機能と司法的機能は正式に認知され、これをより深く検討・改善すべきこと、その中心に子どもの福祉を含めて夫婦の破綻の有無を考えるべきことが共通認識となった（子のために離婚を諦めるという旧態依然たる観念とは異なることに注意）。家庭裁判所の一般調停・離婚訴訟の手續および乙類調停・同審判の手續の実務に大きな転換をもたらしたのである。

5 昭和戦後期・前半の理論

ラインスタインは、一系列型離婚法制は形骸化し裁判制度としては自壊しつつあるとし、二系列型離婚法制を支持し、離婚判決制度の前にある協議離婚制度および家事調停制度の正当性を認めた。つまり、明治民法第四編親族で採用された第四節 離婚、第一款 協議上の離婚、第二款 裁判上の離婚という編成、これは昭和民法（家族法）の編成でもあるが、を基本的には支持した。この編成に対応した離婚判決手續の機能不全に対する改革としての家事審判法の制定についても正当であると賛成した。しかし、ラインスタインは、二系列型離婚法制の具体的な改革およびその手順については日本側の手に委ねるという姿勢をとったのである。

離婚法と親権法が交錯する中心にある一般家事調停の実務上の改善策として市川一郎が提起した離婚の許否と子の利益の関係を問う問題は、どのように理解され、あるいは理解されなかったのか、を次にみることにする。

（1）白地規定説の登場と限界

一系列型離婚法制を尊重する立場⁹⁵からは、協議離婚は公的な介入のない自由な当事者の自己決定に委ねられている結果、当事者間における事実上の

95 水野・前掲注（89）「日本の離婚における法規制のあり方」4頁以下、特に5頁。

交渉能力の差がゆがんだ譲歩をもたらすと批判する。調停離婚についても合意が全てを左右するので、同様の批判が当てはまると批判する。そして、裁判離婚についても、離婚法上の条文の不具合から先の見えない裁判を強いられているのが現状であると批判する。とりわけ、離婚の許否と親権者の指定が渾然一体として協議の対象、一般家事調停の対象とされている点を衝くのは鋭いものがある。この見解は、二系列型離婚法制そのものを反対するのであるから、日本の現行法制度に対する批判が強くなることは首肯できる。この点を暫し措くとして、民法の構造と家事審判法、人事訴訟手続法との構造的な関係を総合的に考察することが少ない点は同説の長所を減じる。根底には、民法の定める「協議」の正文に対する批判（無理解）がある。この批判がいわゆる白地規定説と呼ばれる立場である。

1957年（昭和32年）、乾昭三は、一般条項は官僚に白紙委任状を与える結果となり、その悪弊はすでに戦時中の統制で身にしみて感じたはずである。概念法学の祖サビニーの理論体系は官僚支配から市民を防衛する意味をもっていたことを忘れてはならない旨主張した⁹⁶。1959年（昭和34年）頃の家裁実務について、野田愛子は、家事調停のあり方の昭和戦前期の非訟事件的性質によっている面と昭和憲法、昭和民法の改正に沿うものとして民法上の白紙委任状ともいふべき白紙委任の条文がある面との影響下にあると述べる⁹⁷。唄孝一は、家庭紛争の特性にかんがみて、伝統的な訴訟手続は修正され、それとは異なる原理によるべきとしても、当事者の権利をあいまいにすることは許されないが、かんじんの昭和民法は白地規定に頼りすぎるため無力ないしは有害無益な規定が少なくないと述べた（白地規定説）⁹⁸。この理論の長所は、実務の革新的な動きを促したことである。短所は、淳風美俗論の光と影の検討や、昭和民法が多用した「協議」の法的性質を探究する契機をなくしたことである。

（2）白地規定説の後退

96 乾昭三「民法学の戦後の動向」季刊法律学24号（1957）27頁。

97 野田「家庭裁判所の機能について－その現状を中心にして－」日本法社会学会編『家族と法』法社会学12号105頁、110頁～112頁（1961）。

98 唄孝一「家庭裁判所と法学」『家族と法』法社会学12号3頁、4頁（1961）。

白地規定説を述べた唄孝一は、1975年（昭和50年）に利谷信義と共同論文を発表した⁹⁹が、同年に鈴木禄彌と『人事法』（Ⅰは1980年・昭和55年、Ⅱは1975年・同50年）という基本書を刊行した。唄・鈴木は、民法典の編纂過程に照らして、協議離婚と裁判離婚という二系列型の立法であると述べた¹⁰⁰。1989年（平成元年）、鈴木は協議にかかる論文¹⁰¹を発表し、本格的に協議の概念を考究し、協議前置主義をあきらかにして、協議概念の再評価を促した。他方、2000年（平成12年）および2002年（同14年）、唄は、我妻榮の家事調停論（いわゆる第三の手續論）の再評価を促した¹⁰²。具体的には、唄は川島武宜、磯野誠一、磯野富士子の所説は厳しく調停を批判したが、同所説は家事調停の制度の合理性を支持するがゆえの改善要求であったとし、いわば白地規定説の二面性を明らかにした¹⁰³（野田愛子と唄孝一が同説の創唱者であることを思えば当然である）。その上で、白地規定説との関連では、唄は古典的な民事訴訟法へのプラトニックラブに基づく訴訟手続の修正論を述べた自説からの跳躍を示唆した¹⁰⁴。

（3）協議に基づく第三の手續論

以上によれば、二系列型離婚法の下における協議離婚制と裁判離婚制をつなぐ協議を介しての昭和戦後期の実務改革は、一方で、川島武宜の批判・留保に応えた改善改革が積み重ねられ、他方で、平井宜雄、久貴忠彦の理論的整備に支えられて実質的にいわゆる第三の手續論の内容をより具体化した。

99 唄孝一・利谷信義『『人事法案』の起草過程とその概要』星野英一編集代表『私法学の新たな展開』我妻榮先生追悼論文集（有斐閣、1975）471頁以下。

100 鈴木・唄・前掲注（12）『人事法Ⅰ』198頁、199頁。筆者は、明治民法以来、日本の離婚法、離縁法などは二系列型の立法であると解する（本稿（上）前掲注（1）拙稿・協議の意義と系譜（下）125頁参照）。

101 鈴木・前掲注（62）論文。

102 シンポジウム「家庭裁判所の歩みと今後の課題－家庭裁判所50年」自由討論における唄孝一発言（前掲注（89）『家族〈社会と法〉』16号230頁～234頁（2000）参照）。唄孝一、大村敦志他5名の座談会「21世紀の家族法」判例タイムズ1073号79頁（2002）。

103 前掲注（102）シンポジウム「家庭裁判所の歩みと今後の課題－家庭裁判所50年」自由討論における唄孝一発言（232頁～233頁）。唄は渾然一体的な調停運用論への批判に対する実務家側の反応に懐疑の念を洩らすが、筆者は実務家側が苦しんでいることを十分に承知の上での督促・激励であったように思われた。

104 前掲注（1）拙稿・『協議』と手続保障 86頁、拙稿・『協議』と遺産分割調停・審判事件の手続保障 248頁。

我妻がいわゆる第三の手續論に組み込んだ中川（哲学）理論はなにゆえに一部修正されたのか。筆者は、全体像としての評価の適否については到底なし得る力はないのでこれを控え、平井宜雄理論を紹介するに止めたい。ただ、本稿のテーマである協議の概念との関係で述べれば、「協議」の典型例である協議離婚制度（古くは三くだり半制度）に対する大正期、昭和戦前期からの両者の姿勢には違いがあり、これに起因するとみる余地があるように思われる¹⁰⁵。

協議をてことした調停制度および審判制度からなる家事審判制度は、上記の次第から3つの方面から具体的な独自の手續を形成した。すなわち、①二系列型離婚法および両制度をつなぐ協議の意義を再評価したこと、②民間の協議離婚制度、家裁が管轄する家事調停と家事審判、地裁が管轄する離婚判決制度の三重関係において、協議の概念が総てをつらぬく内在的動因として働いたこと、③家事審判官（現在は、裁判官）に象徴される司法的機能のほかに、人間関係調整機能の主体として家裁調査官制度、家事調停委員制度、調停委員会制度が紛争解決力を強化したこと、の改善が進んだ。①については、すでに説明したので、次に②について、主に家庭裁判所の家事調停と家事審判の制度の整備について触れたい。

6 昭和戦後期・後半の理論と実務

（1）調停前置主義の再編成～沼邊愛一説

沼邊愛一は家審法18条1項だけを調停前置主義をいうものとする限定説を主張した。家審法23条、24条審判制度への批判をかわし、家事調停だけに検討対象を小さくして、地裁の離婚訴訟との連携を捨象することにより、家裁の管轄領域の家事事件に関する法理論の整理につとめたものである。その反射として、昭和戦前期の第二期の家事審判所構想から離脱しようという外装をまとった所説であった。そこで、家審法11条、26条1項の解釈論については、家審法の構造から離れた解釈を採ったのである。すなわち、乙類事項につい

105 本稿（上）前掲注（1）拙稿「協議の意義と系譜」（上）63頁～65頁、79頁、80頁参照。

ては調停から審判に至るまで密接な一体性を必要以上に遮断しようとして、乙類調停事件は乙類審判事件が潜在的に存在するという考えを否定した。これらの詳細については2002年（平成14年）に発表した拙稿¹⁰⁶に譲りたい。

（２）調停本質論の対立と協議

昭和戦後期に、家事調停の本質論としていわゆる調停合意説といわれる調停裁判説の争いがあったことは周知のところである。ここでは、本稿の目的の範囲内で、少し触れておきたい。

調停合意説は、その主役は当事者であること、調停における合意は当事者の自主的・任意的な自己決定によることと説くところは支持すべきである。しかし、調停機関は合意形成を援助するに止めるべきであるとする点については、争いがある¹⁰⁷。調停裁判説を筆者は支持しないが、単純な調停合意説にも物足りなさを感じる。家事調停は、当事者の意思形成に対する支援という面と介入という面が併存していると考えからである。なぜなら、家事調停制度（および家事審判制度）創設の立法過程をみれば今なお複雑で解明し切れていないこと、実体法上の根拠である明治民法が採用した「協議」の意義も解明し切れていないことに照らし、余り単純化しすぎないことが肝要と考えるからである。調停合意説と調停裁判説は、上記した立法過程、協議概念の検討に対する配慮は少なく、家審法の、それも調停手続に限定した論争であった。民法の条文の構成、とりわけ協議の正文との関係を検討しないかたちでの論争にすぎない（例外は高野耕一の所説であり、民法と家事審判法の立法過程について深い研究¹⁰⁸および民事訴訟実務の深い経験に裏打ちされている）。

調停成立の最終時点だけを捉えて調停は合意であると説くことは、協議を

106 前掲注（2）拙稿76頁。なお、沼辺愛一は、平成期に入り協議優先主義を鮮明にして新しい立場を展開した（同78頁）。この沼辺新説は「協議」を解説しないが、次のステップに進むことを示唆する。

107 高野耕一『家事調停論』（信山社、2002。所収の「家事調停論」の初出は1997、同「家事調停の筋と姿・形—家事調停序論—」の初出は1999）169頁～230頁をさしあたり掲げ、同所に掲げる文献を参照されたい。筆者は、調停＝判断説という表現も工夫の余地があると考え。しかし、家事調停について説くところはまことに深いものがある。

108 高野・本稿（上）前掲注（29）3頁～90頁。

一種の合意または一種の契約と解する通説の立場の反射的な理解にすぎない。他方、協議は合意およびこれに至る過程を含む概念であるから、調停の手続（交渉）過程だけを捉えて合意形成に際して裁判所が責任ある役割を果たすべきであると説いた調停裁判説も独特ではあるが一面をつき、措辞を別にすれば、その限りでは正当である。

以上の論争は、調停という手続のあり方に関する論争であって、家審法と民法の総合的な論争にまでは至らなかった。総合的に考えるというならば、民法の定める協議のうちの合意に至る過程を調停制度の場で一定のルールに従い話し合うことの手続法的な意味を考究した上で、合意に達した場合は調停協議が調ったものと解すべきである。次に、合意に至らなかった場合は乙類事項については審判に移行し、訴訟事項については訴訟提起の上で審理される。こうした連続と断絶の一連の手続関係を民法の協議の概念との関係でどのように規律するのかを考えるべきである。

民事訴訟法の理論からは、たとえば、典型契約に関して要件事実を定めて

いない条文は裁判官に対する白紙委任であるといえようが、そのような条文はない。しかし、民法が非訟事件（家事審判法）事項として定めたとするならば、財産法上の要件事実をおりこんだ条文とは異なるとしても、直ちに白地規定であり無力ないしは有害無益な規定であると断定することは、現在の手続法学の水準にかんがみれば、控えるべきであろう。

そうだとすると、乙類審判事項に関する調停・審判の解釈論を非訟事件理論として展開するだけならば、改めて我妻が唱えたいいわゆる第三の手続論を持ち出すまでもない。しかし、1947年（昭和22年）12月6日公布された家事審判法は家裁調査官制度を包摂していなかった。昭和戦前期の家審法案・人事法案の審議経過を熟知する我妻は、本格的な検討対象にはならなかった家裁調査官制度が重要な意味をもち、その充実の兆しをみて、これを含めた手続論を世界に先駆けて構想しなければならないと主張した。ここに我妻の真意がある¹⁰⁹。ところで、1950年（昭和25年）1月に刊行された市川四郎『家庭事件の審判と調停』（東洋書館）は、家裁調査官制度を理論の中に織り込んだものであるかは疑問である。市川の「審判と調停」の理論を前提としてより精緻化した沼辺説¹¹⁰も、家裁調査官の活動とその成果である調査報告書について、調停段階の扱いには言及するが、さらに、進んで乙類審判段階における

109 我妻は、川島武宣の調停批判を受け入れなかったが、川島が育成に力を注いだ家裁調査官制度を法解釈学の体系の中に位置づけ、実体法と手続法に跨る理論の必要を述べた。第三の手続論は、協議をてこととした家事調停・審判制度が昭和戦後期第2次改革を経て新しいエネルギーを備えた制度に生まれ変わったことを見抜いた所説である。この点、水野紀子は唄孝一の直感を信じるというかたちで同旨を述べる（前掲注（102）シンポジウム「家庭裁判所の歩みと今後の課題－家庭裁判所50年」自由討論における水野紀子発言（234頁～236頁）参照）。その上で、水野は「日本の古層との間のジレンマの間で」（236頁）という後ろ向きの危機感を述べる。しかし、これが民法と家審法（家事法）の総合的な法解釈論とどのように関係するのか分りにくいように思われる。むしろ、我妻は第三の手続論が完成した暁に何を変え目指そうとしたのかといえ、筆者は766条1項、819条1項の一体化的改正および818条3項本文の「父母の婚姻中は」の再編成ではあるまいか、と推測する。

110 沼辺愛一が執筆した家庭裁判所調査官研修所編『家事審判法総論』（法曹会、1976）、同編『家事審判法総論－改訂版－』（法曹会、1984）は、家裁調査官の審判・調停事件の処理に必要な事実の調査をすることなどを家審法体系の中に位置づけ、調停手続の運用に関して家裁調査官の調整活動の意味を明らかにした（1974年・昭和49年9月30日最高裁民二第864号事務総長通達。家裁月報26巻12号117頁）。なお、前書33頁、後書34頁は「協議優先主義」を述べるが、調停手続の軸が当事者の合意に基づく自主的な解決が望ましいとする趣旨を指している。

取扱いに関する説明は不十分であった¹¹¹。1950年（昭和25年）代をとおして実務だけで、とりわけ民事訴訟法学からの支援が少ない状況下での理論的な体系化の道は険しいものであった。家事審判官、調停委員、家裁調査官、書記官の多職種が日々工夫しながら執務した。家事調停における人間関係調整機能と司法的機能に関するさまざまな理解・対立・限界があらわれたことはむしろ必然的であったというべきである。

こうした疾風怒濤の時代が一段落した1959年（昭和34年）に、我妻はいわゆる第三の手續論（我妻・手續論文）を発表した。これまでの調停は裁判の補充制度であるという基本認識をのり越えて、抽象的ではあるが、正面から家裁調査官制度を内包した裁判所の新しい手續体系を構築すべきであるとの言説である。しかし、我妻も自ら「民事訴訟法学者に挑戦」したと述べるなど時代的な制約の中で素直に理解されたとは言いかねる状況にあった。このようにして、裁判所の中に自前の家裁調査官養成制度を備え、全国的な規模において家裁調査官、調査報告書が調停・審判の手續に深く関わり、かつ調停委員が家事事件の運営において重要な役割を担う手續を形成したのである。

（3）乙類調停・審判事件における家裁調査官活動の展開

（あ）家事係家裁調査官の活動の変遷

家事調停は、家審法の施行後、一般調停と乙類調停に大別され、家裁調査官は当初は甲類審判事件の事実の調査に主に従事したが、次第に、一般調停（夫婦関係調整調停、離婚調停）にかかる事前包括調査に従事し、離婚紛争の全体の中で離婚の可否、親権者の指定の他、離婚慰謝料（訴訟事項）、財産分与、子の監護に関する処分などの乙類審判事項を取り扱い、適切な紛争解決をもたらした。その後、乙類事件処理の取扱いについて遺産分割事件および寄与

111 前掲注（110）『家事審判法総論』31頁は、民事調停は民事裁判を補充する機能を営むが、家事調停は家庭に関する紛争（訴訟）については事実上訴訟に代わる機能を営む、とする。もっとも、乙類審判事項は調停中も潜在的には審判事件があるという立場を採らない（同書80頁）。『家事審判法総論－改訂版－』32頁、76頁（家審法15条の3第1項は乙類調停には潜在的に審判事件が存することを否定した）も同様である。この点で、我妻の第三の手續論の趣旨に従わなかった。家事法105条1項は別表第二調停には潜在的に審判事件があるという本来の姿に立ち返った立場にある（裁判所職員総合研修所監修『家事事件手續法概説』（司法協会、2016）40頁）。この点では第三の手續論に大きく近づいた。

分を定める事件（1類事件）とその他の乙類事件（2類事件）に手続を区別して、類型別に手続を進め、家裁調査官による事前調査もこの2つの類型に応じた調査官調査をおこなうように整備され¹¹²、実務上ほぼ全国で同じように2つの類型に沿い手続運営するに至った。とりわけ、子の監護状況はさし迫った問題があるとうかがわれ、事前に実情を把握する必要があるときは、家裁調査官の活動が求められ、調停手続進行中における家裁調査官の関与が紛争解決に大きな働きを示し、また、示すことを期待されたのである。

（い）家事調停と判例理論

以上の背景には、離婚紛争（一般調停）の主要な対立点である離婚の可否基準が家事調停実務の努力により破綻主義的な方向に展開していたところ、次第に裁判例もこれを追認する方向に動き¹¹³、ついに1987年（昭和62年）、有責配偶者の離婚請求にかかる判例を変更した最高裁判所昭和62年9月2日大法廷判決（民集41巻6号1423頁）があらわれた¹¹⁴。この大法廷判決は、幾多の重要な判断基準を示したが、とりわけ、離婚紛争の中における未成熟の子の福祉という問題をしっかりと位置づけた上で、これを重視する姿勢を明らかにしたことはその後の家事調停実務、下級審裁判例の動向などに大きな影響を与えた。

こうした判例理論の変遷と蓄積の陰には、家事調停の実務における当事者の言い分を良く聴いて当事者と共に紛争の解決に尽くした関係者の営為があった。とりわけ、家事審判官、家事調停委員、代理人弁護士が真剣に取りくんだテーマが、離婚紛争における親権者に誰になるか、であった。子どものいる夫婦が離婚を決めるとき、親権者の指定は法律問題を離れても最重要なことがらではあるが、昭和民法819条が離婚の成立要件として親権者の指定を

112 前掲注（1）拙稿『「協議」と遺産分割調停・審判事件の手続保障』251頁。

113 浦本寛雄『破綻主義離婚法の研究 日本離婚法思想の展開』（有斐閣、1993。初出は1982年以降）476頁以下。浦本は離婚法の2つの課題を指摘した（同書498頁以下）。その第2の課題として、ラインスタインの協議離婚制度の公明正大論に対する見直しの法的法制論議の必要と協議離婚の実態の改革構想の必要を説く点はまことに正鵠を得ている。筆者は、その具体的な方法は家裁調査官制度（および子どもの手続代理人の活動）を包摂した調停・審判の手続から生まれでた家裁実務の成果の還元であると考える。

114 『最高裁判所判例解説民事篇昭和62年度』（法曹会、1990）540頁以下（門口正人）。

明定したことは家事調停、離婚裁判においても最重要な位置を占めることを求めたのである。そこで、家事調停における運営にあたり、当事者間で離婚意思が次第に固まると親権者指定の問題が難しい対立点として大きく浮上するのが常であった。親権者に誰になるかは離婚後の生活で父母のいずれが単独で監護するのか、いずれが子の福祉に適うのかである。婚姻共同生活の中で共同監護していた父母が、離婚を考え始め、別居を経て離婚すると共同生活ができなくなることを想定して離婚前・別居中に、子どもの単独監護の適格者（単独親権者）を選び決めるため話し合うことになる。離婚後の夫または妻の生活だけでなく、子どもの生活も含めた総合判断である。親の利益のためだけでなく、子の利益のための選択でもあるという難しいプロセスである。

（う）家事調停と審判例の動向

家事調停の実務の変遷をみると、上記したラインスタイン・セミナーの影響のひとつとして面会交流（当初は面接交渉といった）を家事調停できちんと扱うべきであるという実務家の考え方が明瞭になった。しかし、この問題は始め民法766条1項の通説（踏襲説）に従い、離婚後の面会交流というかたちで扱われた。したがって、離婚後紛争（一般調停）あるいは親権者変更、監護者変更、養育費などの乙類調停の付随的な扱いに止められていた。1964年（昭和39年）12月24日東京家裁審判（家裁月報17巻4号55頁）は、非親権者または非監護親は未成熟子と面接交渉する権利を有し、これは民法766条1項による監護について必要な事項であると説示した。これにより家裁実務では面接交渉（この言葉は2008年・平成20年前後頃から「面会交流」と改められた。本稿では便宜以下「面会交流」という）は乙類審判事項とされ、乙類調停の対象となったのである。その後、離婚調停（一般調停）でも非監護親（夫）

が面会交流を求めるケースが増えた。離婚調停で難件とされる一つの類型として、未成熟子の子どもをめぐる父母間の対立の激しいケースにおいては、面会交流は権利か、権利だとして誰の権利か、というかたちの法律問題として争われた。

（え）面会交流（面接交渉）と家裁調査官の役割

離婚が珍しいことではなくなると、離婚後の親子の交流が子どもに大きな影響を与えることが広く認識されるようになった。佐藤千裕「子の監護事件における面接交渉」¹¹⁵は、家裁調査官としての立場から、子の監護事件の一類型である面接交渉を考究し、調停および審判の実務への影響が大きかった論考である。この論考の骨組みの特徴は、次のとおりである。① 子の監護事件とは調停事件と審判事件を包摂し、調停と審判を区別しないかたちで考察する。② 家裁調査官活動としての実務上の研究であるため、主に家事調停（一般調停と乙類調停）の人間関係調整機能と密接なかたちでの問題意識が中心にある。同時に、③ 調査官の事実の調査および調査報告書のあり方は調停および審判を支える資料としての有効さを実証した。④ 面接交渉の裁判例や学説に的確に言及してはいるが、法的枠組みに拘束されない別次元の広やかな視座から考察する。以下、その概要を紹介した上で、検討を加える。

「面接交渉は、離婚後も親子の交流を保障するという理念に支えられ、家庭裁判所の実務に浸透・定着してきたが、その一方で、父母間の紛争が激化すればするほど、子に対する悪影響が懸念され、また、面接の実現も困難になるという側面がある」（203頁）。

1970年（昭和45年）ころには、家裁実務では面接交渉事件は民法766条1項、2項に定める事項であり、家審法9条1項乙類4号の子の監護に関する処分事件として処理することは確立した（206頁）。父母の協議または家裁の審判・調停により形成されるものである。1984年（昭和59年）7月6日最高裁決定（家

115 佐藤千裕「子の監護事件における面接交渉」家裁月報41巻8号203頁（1989）。本文では、同論文の頁数だけを記載する。なお、家事係調査官の活動の変遷については、斉藤正人「家庭裁判所家事係調査官活動の歴史的推移」家裁月報40巻4号84頁（1988）、村上敬「家事係調査官の職務・役割の歴史的変遷及び調査官活動の現状と課題」前掲注（89）『家族〈社会と法〉』16号78頁以下。

裁月報37巻5号35頁）は、面接交渉を民法766条1項、2項の解釈問題であると判示して、家裁実務を追認した。ここに至るまでの変遷は、1960年（昭和35年）代の啓蒙・導入期、1970年（昭和45年）代の批判・反省期、1980年（昭和55年）代の再評価・拡充期があったとする¹¹⁶。

a 面接交渉消極の立場～ゴールドシュタイン学説

1973年（昭和48年）家庭裁判所調査官研修所に招聘されたゴールドシュタインの考えは、家裁調査官などの実務家に影響を与えた（213頁）。その結論は、面接交渉について法的強制は許されず、裁判所はこれに介入すべきではなく、父母間に完全な同意があるときだけに実現されるべきであるとする（214頁）。ゴールドシュタイン等は、① 親子関係の継続性を望む子のニードの尊重、② 子の時間感覚を尊重した事件の迅速処理、③ 法律は人間関係を管理する力はなく、長期的予測をする知識は限界があるから、面接交渉等の取り決めることの不当性の3つのガイドラインを要するとした。心理的親（psychological parent）を中心に据えることにより、他の考慮要因を排除ないしは軽視した。面接交渉は、子の両親に対する忠誠葛藤をもたらし、監護親との安定した親子関係の形成などを妨げるおそれがある。日常的な接触を持たない親子関係は悪い関係をもたらしというのである。この立場は、面接交渉は法的な権利であるとして子の利益の実体を十分に吟味しなかった実務に反省を迫った功績を見過ごすことはできないが、その後、離婚の子の心理状態に焦点をあてた実証的研究により原則的には否定された（216頁）。

b 面接交渉積極の立場

ワラストラインとケリーは、その大規模かつ長期にわたる実証的な追跡調査・研究により、親の離婚や別居を経験した子は心の中では別れた親と切実に会いたがっていることを明らかにした。日本でも同様の報告があった。子のこうした願いを適える面接交渉が監護親の恣意的な対応により否定されることは疑問であるとされた。子のストレス耐性、環境順応力を考慮に入れて検討すべきであるとされた。子の外側から観察され得るマイナス面が認めら

116 谷川克・篠田悦和「子の親権・監護をめぐる紛争の処理の実情と課題」『家族（社会と法）』2号109頁（1986）。

れるときには面接交渉をやめるべきであるが、面接交渉による子へのプラスの影響が大きいこともある。そこで、子が少しの精神的動揺を被ったとしても、長期的には有益であるというのである。（217頁～219頁）

ワラースタインとケリーは、上記調査により、離婚後も子が父母双方と交流を続けることの大切さを明らかにした。心理的な子の人格形成に対する良い影響の他、子の福祉にとっても重要であることを実証した。ゴールドシュタインは非監護親の子に対する影響を軽視したものとして、現在では支持者はいない。そして、裁判所は子の監護、面接交渉について最善の取り決めをすべきである。これが子の利益に通じると認識することが広く欧米実務家の共通認識であるとする。（220頁～225頁）

c 面接交渉から共同監護への展開

佐藤千裕は、以上の支配的な考え方が更に進み「共同監護（joint custody）」という離婚後も父母は共同して子の監護権を行使することを認める法制の普及を紹介する（227頁～229頁）。共同監護とは、法的共同監護（joint legal custody）と身上共同監護（joint physical custody）がある。米国の多数の州が子の最善の利益にどうかを共同監護権付与の基準とし、共同監護を推進する方向の政策を採る傾向がある。面会交流は、父母側の理解力や姿勢および子どもの理解力や姿勢の有無などに応じて成功する。同じように、共同監護も、これを実現するための条件を備えた父母であれば、うまく機能して、子どもも父母の離婚からのマイナスの影響を乗り越えていく力を養えるなどの魅力的な監護形態となり得る。克服すべき課題はあるとしても、こうした方向が世界の潮流になるとした。

子のための面会交流は離婚後の非監護親と子の交流が大切である。この認識を深め、非監護親と子が良好な関係を維持できれば、離婚後の子の成長や発達適応に好結果をもたらす（231頁）。しかし、わが国ではなおその弊害という向きもあるので、今後の実証的な調査研究にまつ必要がある（232頁）。

以上米国法制の紹介部分を含め、この論考は穏当な分析により問題点を深く明らかにしたものである。実際に生起する離婚紛争、父母の争いと子の成長や発達への影響について、家裁調査官は、専門的立場からの研究成果が審

判や調停事件において実際どのように貢献し解決に寄与することができるのか、という問題を研究した。この研究は、家事事件という家裁実務のうちの法領域を主として念頭においたものであろうか。立ち止まり整理したい。紹介の冒頭でこの論考の特徴的な骨組みを指摘したが、大前提として審判を主、調停を補充とみる立場（当時の通説）に立つ。そして、民法および家審法に基づく法的な枠組みについては客観的なものとして、それ以上踏み込まない謙抑的な記述に止める。本稿はこれを一步進めて、法制度の解釈との関係において、上記研究がいかなる意味を持ち、どのような影響を与えたかをみる。

d 子の監護（面会交流・共同監護）の問題と事件処理

家裁調査官の立場からの上記研究を、具体的に家審法の事件処理態勢の中に位置付けてみる。まず、この研究は「離婚後の非監護親と子の面接交渉」を考察する論考であるが、実務に与える影響は広範なものになる可能性を孕んでいたように思う。佐藤も、これを十分に認識していたので、家事事件における法的な枠組みとの関係において広がりすぎないように釘をさしている（第1の指摘）。今ひとつは、面接交渉が有効・適切に実現できるための条件を実務的に徹底的に究明した結果、法的な枠組みを事実上乗り越えざるを得ない筋道のあることを示している（第2の指摘）。

第1は、面接交渉が離婚や親権者変更、養育費等の紛争解決のための手段として利用されることは極力避けなければならない、と説いた（232頁）。

面接交渉（面会交流）の争いは、未成熟子のいる離婚紛争ではさまざまな問題と密接に関係してあらわれる。そこで当初、審判事項としての独立性を強調するために他の紛争、たとえば、離婚意思の一致の有無（一般調停）、離婚の際の親権者の定め（一般調停）、親権者の変更（乙類調停）、養育費（乙類調停）というさまざまな形成事項と区分けする必要があった。乙類事項として確立していない段階では、面接交渉だけを協議するというより、他の訴

訟事項、審判事項との関連で協議される傾向があり、いわば手段視されがちであった。したがって、これを制止したわけである。詳論は避けるが、その後、こうした訴訟事項、審判事項間の識別論争は衰退した。

第2は、面接交渉を適切に実現するためには、婚姻同居中の共同監護の関係が別居という環境変化の中で良好な関係を保持する必要がある、できれば別居直後から面接交渉をするのが望ましいこと、父母および子のいずれもあらかじめ面接交渉の条件を理解し、協力し合う姿勢を備えていること、が必須である。したがって、裁判所は、調停中から面接交渉を試行し、そのガイドラインを記載したパンフレットを配布するように努めるべきである、と説いた（232頁～235頁）。

この主張は、要するに、離婚後の非監護親の面接交渉としてスタートした審判事項（前置される離婚後紛争の乙類調停）が、別居時から父母と子の間において離婚までの協議・調停の期間中に、離婚後の親子のあり方、その気持ちのあり方について適切に準備できていることの確保（または離婚裁判に向けた戦術として離婚前における優位性の確保）というかたちで離婚前・別居中の乙類調停・審判事件として拡大された。そして、これと並行して一般調停として離婚調停を進めるときに顕在化させなくても常にあらかじめ調整する、または調整しておくべき事柄であることを広く深く認識させた。面会交流そのものは小さなテーマに見えるが、流動して止まない離婚紛争の全体像の中に個別ケースごとにあらわれ方は微妙に異なる。つまり、面会交流という当事者の本意は、多面的なために形式的な心理学的な類型化理論（あるいは法理論）だけでは対処しきれない複雑・微妙さがある。父母と子という人の個性的な関係の難しさ、これに関する事実調査をすることの難しさである。このように一般調停における面接交渉の比重もまた強まった（しかし、その当時は、調停の場で子を当事者に準じる扱いに及ぶのは望ましくないとされた）。

面接交渉が共同監護の継続性という観点から、「心理的親」像といった狭い概念ではなく、多面的かつ複雑な親子関係の生活状況における良好な持続性を調査検討することになった。なぜなら、婚姻→別居→離婚という関係の変

動過程において、父母と子という3者の心理だけでなく社会的、経済的關係も含む総合的な人間關係を把握した上で判断するようになったからである。面会交流は、複数の審判事項を事実上跨ぐ意味を持ったり、別居時からの父母と子の關係を扱う離婚調停（夫婦關係調整調停・一般調停）における親権者の定め成否に直結し、あるいは、離婚後の養育費や離婚後の監護者の変更、親権者の変更という問題ともさまざまにつながっているのである¹¹⁷。

（お）家裁調査官の活動と法的枠組み

a 調査の機能と調停または審判との關係

離婚に伴う社会問題として父母が離婚した子の健全な成長・発達をいかに守るか、は重要な課題である。始めは、離婚する父母の対立と子の忠誠葛藤の問題を焦点化することにより面会交流ありきという法律論に反省を迫った。しかし、その後の面接交渉にかかる実証的な研究（これを受けたわが国の家裁実務に關係するさまざまな実務家の長く多彩な経験の蓄積）により、①婚姻中の共同監護のあり方が、②離婚前・別居中の父母の共同監護を柔軟に捉えることを通じて、③離婚後の監護親・非監護親・子の3者間における共同監護の新しい形態に至る、という共同監護の変容（ある種連続した3者關係）の道筋を家事調停の場で把握し、当事者および子を支援するという実践過程そのものの有用さが確かめられたのである。婚姻中の夫婦間の亀裂の発生拡大、別居から離婚に至るまでの複雑で多彩な過程を踏まえた上、離婚後の親子關係のあり方を社会的な視点から考えてきたといえる。

家裁調査官の事実の調査は、家裁実務（調停、審判）の潮流を紛争の実態レベルの紛争要因を把握して、各種の家事調停・審判の進行審理において事実調査報告の紛争解決力（家裁調査官の調査結果を聴いた当事者双方が翻然と子の辛い立場に思い至り一気に解決に進む）および同調査報告書の証拠資料としての影響力を示し、審理の基層を支えた。反対に、離婚訴訟においては親権者の指定、監護者の指定などについて調査報告書がないという不満感

117 面会交流は、ある意味では、常に手段視されるに価するものである。また、実務的には、離婚後（離婚前・別居中）の両親と子の絆（婚姻中の同居に代わる信頼關係）にかかわるので、さまざまな問題に基層では影響する。父母間の権利義務構成を採るべきかはなお検討を要する。

をもたらした。しかし、この意味は単純ではなく、実務上のあらわれ方や意味を次に考えたい。

b 事実の調査の多面性

面会交流調停事件の展開を、類型的ではあるが、筆者が創作したケースのかたちで述べる。離婚前・別居後、非監護親（父）は監護親（母）が子（幼稚園児、小学校入学前後の子）との面会を拒むので養育費や親権者の定めにも応じられないという。これに対して、母は別居後1年近く子を双方の家を行き来させていた（別居中の共同監護）。しかし、母は、父は子が泣いて嫌がるのに連れて行くなど、子を大切にしているとは思えず、嫌がらせだという。家裁調査官が受命して事実の調査をしたところは以下の通りである。子の調査結果は、子は調査中母の膝から離れず、母に席を外してもらっての調査はできなかった。調査官の質問には、小さな声で母の顔を見て話し、母がその内容を伝えた。子は父について問われると「嫌い」、そのわけは「ママがパパを嫌いだから」と母の耳元でささやいた。2年弱通園した幼稚園での調査結果は、以下の通りである。①子は健康で頭がよいが、無邪気なところを見せず大人には誰でも少し引いている子である。②父は男親としてはきめ細かい行動ができ、共同監護の頃も子への配慮を示した。ときどき園舎の陰から見守っている父を見た。父が所用のために幼稚園で子に会った折、子は最初緊張気味だったが、だんだん普通に話しをし、別れるときは父に手を振った。③母は必要なこと以外の口数は少なく、他の保護者とも交わらないが、自分なりの教育観をもって園にも注文した。子に対しては必要な注意、言葉かけをしないで好きにさせていた。父との面会交流は「子が嫌がるから」と言っていた。園で偶然父に出会ったとき、正面から睨みつけたので、周囲も子も驚いた。園としては、一方に不利な事情に関しては父母には秘密にすることを条件に話す。子は積極的な人柄で頼もしい面もあり、問題は感じないが、大人の気持を読み、それに応じて行動できるけなげな子である。母の気持を分かって行動する。意外だったのは、ある絵を見て「大好きなパパがいる。」とつぶやいたことがあり、思わず横顔を見ました。意見を言う立場ではないが、父と会うことはプラスだと思う。

こうした事実が家裁調査官報告書によって明らかになった場合、調停の段階では、調査官の意見は複数の面会交流の仕方を提案することが多い。すると、当事者双方（代理人弁護士も加わる）はさらに協議を深めた上で調停が成立すること（事案により手紙写真の交換、年数回の面会交流、月1回の交流と分かれてもおかしくはない）もあれば、決裂することもある。審判に移行した段階では、調査を再度することもしないこともあるが、面会交流を認容するとしても主文内容は家事審判官が認定した事実関係に基づきその法解釈によって変化することもあり得る。調停段階における家裁調査官による事実の調査は、財産法事件における契約書、意思表示の合致という要件事実の存否を証明する証拠とはかなり異なったものである（要件事実とは法効果と直結する）。仮に同じような事実の調査結果が報告されたとしても、当事者の考え方、男女観、夫婦観、子ども観、家庭観はまことに多種多様であるので、昔ながらの形式的、画一的な家庭像から導かれる結論と比べれば、実際の調停の成否の幅は一般にいわれている通念よりは幅が広く多彩なものになり一筋縄にはいかない。移行後の審判においても事案の個性が微妙に影を落として、審判段階における事実の調査の必要性の有無や事態の流動性などに応じて主文の内容も変わり得ることは当然である（なお、離婚訴訟段階における家裁調査官の事実の調査は訴訟上の制約の強い条件下でより難しい作業にならざるを得ない）。

なお、面会交流事件の他に、養育費（婚姻費用）事件、子の引渡し事件、夫婦関係調整調停事件が並行して動いていることも少なくない。また、民法766条1項にかかる子の監護事件といっても、面会交流は父母の性格・職業・財産力・居住場所等のほか、子の年齢・性格・健康等が密接に絡まり合う諸条件の下にある生活レベルでの実践を求める事項である。養育費は定期的な財産給付を求める事項であり、監護者の指定は子の監護をする法的地位（権限）の付与を求める事項である。それぞれ異なるものであるが、実務的には密接なことがらである。養育費事件を除けば、共同監護の継続性に関する事実関

係の把握が大きな影響を与えているとはいえる。

c 子のいる離婚紛争に関する法実務の変遷の整理～その1

子のいる離婚紛争に関する法実務について、審判を主とし調停を従（補助）とみる立場（家事調停・補助の手續原則）からは、審判をすることができる事案について調停進行はあるべき審判を規準にして運用する傾きがある。調停を前に置き審判を後に置く手續とみる立場（調停前置・審判後置の手續原則）では、当事者が理解力・実行力・忍耐力を内包する解決力を育くみ合意すれば調停で紛争を主体的に解決（家審法（家事法）の規律の範囲内で民法の規律にも優先して）できるが、調停不調のときには審判手續で審理した上で法を適用して処理する。実務的には、家事調停・補助の手續原則と調停前置・審判後置の手續原則のあらわれた方に違いは余りないが、当事者の受け止め方や主体性を尊重するときは、後者の方向に進むべきであると考える。

面会交流の啓蒙期は先進的な審判が実務を牽引することに典型的にあらわれていたが審判を主とし調停を従とみる傾向が強く、反省期には審判は面会交流の現実的な可能性などを十分に配慮すべきだという意味では審判することに消極の傾向があり、再評価期は調停段階での面会交流の試行といった現実的な実行の可否を吟味した上で、当事者の力量、生活地域の関係などを踏まえた審判をするという展開が増えたようである。その実務の展開の中で、離婚後の監護処分という通説的な解釈論（明治民法812条踏襲説）は揺るぎがなかったが、離婚前・別居中の夫婦間の子の監護について協議が調わない場合には、民法766条の類推適用を認めて、乙類調停、乙類審判をすることができると解する家裁実務はかなり前から定着していた¹¹⁸。2000年（平成12年）5月1日最高裁決定（民集54巻5号1607頁）は、面接交渉の監護に関する処分を命じることができると判示して、家裁実務を追認した。

昭和民法766条の解釈論として踏襲説が堅固であるのに、離婚前・別居中の子の監護に関する処分に関する家事紛争に早くから民法766条1項の類推適用を幅広い実務家が支持した理由はなぜか。第1は、子どもの利益を尊重する

118 東京家審昭和46年3月26日家裁月報17巻5号71頁、大阪高決昭和46年4月12日家裁月報24巻1号51頁、東京高決平成2年2月19日家裁月報42巻8号57頁その他。

科学的、実証的な研究を家裁実務が速やかに吸収することができたからである。家庭裁判所が家裁調査官制度を備えていたからであって、諸外国から高く評価されている。第2は、昭和民法766条1項が「父母が協議上の離婚をするときは」と定めた文言を読む限りは「離婚をしたとき」という文言と比べて離婚後の監護に関する処分に限定した規定であると読むことはできない（前記第4節2（5）参照）。加えて、家審法が創設されて調停前置の原則が確立したことを併せ考えると、離婚調停の協議（または協議離婚の協議）の過程において父母間で離婚後の監護に関する処分について離婚前・別居中にこれを話し合うこと自体を否定していないと読まれたことは当然である。民法の条文を素直に読めば、離婚前の監護に関する処分も審判事項として扱えるという類推適用説に自然に到達する。通説（踏襲説）に立ちながら、実務上の要求に対応しつつ、拡張的に類推適用する説は立法過程に照らしても合理的であり、上記の判例法が形成・確立したことも首肯できる。

d 子のいる離婚紛争に関する法実務の変遷の整理～その2

図式的に整理すると、昭和民法766条1項にかかる踏襲説は、家事調停・補助の手續原則の見方と結びつくと、乙類審判事項は離婚後の監護に関する処分であると固定化する傾きがある。しかし、766条1項の条文の「離婚するときは」文言と調停前置・審判後置の手續原則の見方が結びつくと、離婚後の監護に関する処分事項の他に離婚前・別居中の監護に関する処分事項をも乙類審判事項に含めることにためらいはない。判例理論は、踏襲説を維持しながら、乙類調停から始まり乙類審判に至るという調停前置・審判後置の手續原則を一步実現したものと評価できる。民法と家審法の総合的な解釈を前提としているからであると考えべきであろう。

家裁調査官の子の監護に関する事実の調査報告書は、生活環境にも配慮しながら当事者のニーズに寄りそう多面的、複層的なものであるから、法律論からみれば報告書の扱い方はきわめて難しい面がある。調停と審判においてそれぞれ資料として活用された場合、当事者、その代理人弁護士にも開示されない規律の下にある時代には、当事者からの不満はないわけではなかった。しかし、子どもの成長・発達に好影響が認められることが多かったので、そ

れで通用してきた。見逃してはならない点は、まず、報告書の書き方については、家裁調査官の職務上の監督を経て個人的性向がにじみすぎない制度的な仕組みが働いていた。次に、調停や審判の執務上その読み方、使い方については、家事審判官、調停委員と報告書作成担当調査官との密接な意見交換、再調査の可否等という裁判所内部における慎重な段階をいくつも経なければ裁判資料にまでは到達できないようにされていた。また、家裁調査官による深い事実の調査はおのずから当事者の紛争への目を啓き胸中に秘めていた事実を話し出して、紛争（この紛争は法的な事件単位と常に一致するわけではない。その一部であることもあれば、はみ出すような広さと深さをもつこともある）と向き合い始める。その意味で、家裁調査官と当事者との面接の質・量が重要な意味を持つのである。この段階では、事件単位で受命したところから始まる調査官調査は、報告書の実事調査報告および意見も含めて、当事者に影響を与え得るが、当事者の意思形成や情動というものに事件単位の枠をはめることはできない。また、報告書は、家裁内部における事件記録上の細則的な規律下にあり、調査命令を発した審判官という法律家の指揮に服する点で、事件単位で当事者双方（と子ども）の利益（秘密にしたい情報を守る安全性が担保されていた。さらに、当事者および代理人弁護士に開示することによる合理性が共通認識になり始めた昭和戦後期後半からは、家裁調査官の報告書は調停席上で当事者、代理人弁護士に口頭で説明し、ときには、弁護士には事実上開示しメモをとることを許した事案もあった（そうしないと事件は進まないという一面もあった）のである。その後、報告書の謄写を許す実務上の改善により判明した難問は、書面としての報告書の読まれ方、使われ方である。家裁の裁判官、調停委員は家裁調査官という専門職の補助を受け、家裁調査官とのフィードバックを前提とした中で報告書を理解した。しかし、調査報告書が謄写されて外部に出ると、いわば家裁制度の根幹にある専門職の補助を受ける仕組みを通さないままに裸で社会的、経済的、法的な利害得失の世界に投げ出される事態を招来する例がみられるようになった。

この問題はきわめて重要であるが、本稿の目的からは外れるので、これ以上の言及は控えたい。

e 子のいる離婚紛争に関する法実務の変遷の整理～その3

明治民法812条は「離婚ヲ為シタル者」と定めていたが、昭和民法766条1項は「離婚をするときは」と定めた。昭和民法819条1項は、立法過程では「離婚シタルトキ」（6次案）とあったが「離婚をするときは」に改められた。明治民法では「離婚した後」の父母が協議すると定めていたが、昭和民法では「離婚するときは」父母が協議すると定め、文言は異なる。この文言は協議（合意および合意に至る交渉過程）という正文により実体法上の根拠を有していた。

766条それ自体は合理的なものであるが、調停前置の思想が合わさり、離婚前・別居中における父母の一方を監護者に指定できることになった実務は、同じく調停前置の原則規定と合わさった819条との関係に悩むようになった。つまり、別居中と離婚後を扱う766条と離婚後だけを扱う819条の並列的規律による不整合ともいえる現象があらわれた。この点、実務は長期にわたる運用の末、今では並列的規律により別居中から離婚後までを総体として統合し、監護者の指定と親権者の指定の判断基準はほぼ同一であるとされている¹¹⁹。そこで、離婚事件で親権者になりたいと考える当事者は、離婚前における親子関係の継続性、共同監護の実績の公認を求めて子の監護者指定の調停・審判を申し立てる例が増えている。こうした申立ては、離婚訴訟の長期化による子どもへの悪い影響をさけるための実務家の知恵である。監護者の指定を得ることは裁判離婚に伴う親権者の指定を得る手段として離婚前の紛争における重要さを増している。子の利益を尊重すべき乙類（別表第二）審判事項が、離婚訴訟の前哨戦的な手段手続に変質しているともいえる。離婚判決が最後にあるので、二当事者対立構造の人事訴訟手続という最終段階で有効な手続進行を図ろうとすることは止むを得ないものがある（このことと、離婚当事者が相手を嫌悪するあまり勝ち負けにこだわりすぎる現象とは別である）。現状は、離婚前・別居中の監護者の指定と離婚後の親権者の指定というかたち

119 犬伏・前掲注（12）『親族・相続法』96頁。なお、清水節『判例先例親族法Ⅲ－親権－』（日本加除出版、2000）118頁～121頁参照。

で二重に争点化されているのである。その意味では、面会交流調停・審判事件もほぼ同じ役割を果たすが、監護者の指定よりは別居期間中の生活レベルで当事者双方および子どもの絆の意味を問うところに特質がある。

766条と819条の関係はどのように規律するのか、を改めて検討すべきである。現状は1946年（昭和21年）7月27日の民法改正要綱案（起草委員第1次案）第13の2項の「前項に依り子の監護を為す者は親権をも行ふものとする」という基本構想（監護者が親権を行う）に改めて向き合っているように思われる。筆者が一体的規律説と呼ぶこの構想は、昭和民法の立法過程において明治民法の並列的規律に戻り否定されたかにみえた。しかし、両条の文言を家審法（および家事法）の原則と合わせて解釈し、一体的規律説が実質的に復活した立法であると解するならば、外形的に、並列的な規律を採用した最大の原因は818条3項本文の「婚姻中」の一語によるのである。共同親権を婚姻中に限った根拠は同居解消後には父母と一緒に親権を行使できないという実際論¹²⁰であり、必ずしも堅固なものとはいえない。現在の夫婦共同生活のあり方の多様性を思えば、さらに、脆弱なものになっているのではあるまいか。

以上の問題を考えるに当たり、通説的な立場（明治民法812条踏襲説）における親権と監護権の関係に関する先行研究¹²¹によれば、以下のとおりである。

最近の多数説は、766条の『監護』を820条のいわゆる『身上監護権』と同視し、かつ、これを親権から財産管理権を除いたものとする見解である。図式的に言えば、監護〔＝身上監護権〕＝親権－財産権利権 となるとする。もっとも、820条の身上監護権もじつは明らかではない。監護者が親権者とは別に定められた場合、親権者の親権とは何か、両者の関係は如何、ということは明らかでない。監護者の指定により親権者の親権はどうなるか、と問うならば、仮に「監護権＝親権－財産管理権」であるとして、監護権者がいる場合には、「残された親権＝本来の親権－監護権」となるのかという問題になる。現行民法の「監護」は次第に広く用いられ、教育・懲戒を含むようにな

120 川田昇『親権と子の利益』（信山社、2005。初出は谷口知平他編『現代家族法大系3 親子・親権・後見・扶養』（有斐閣、1979）所収「親の権利と子の利益」）8頁、9頁。

121 大村敦志「親権・懲戒権・監護権－概念整理の試み」能見善久他6名編『民法の未来』野村豊弘先生古稀記念論文集（商事法務、2014）559頁。特に571頁～575頁参照。

り（広義の監護権）、さらには、身上監護に必要な財産管理権をも含むかのようである（最広義の監護権）。そうすると、残る親権はあまりに狭い形式的な権利になる。ここに、面接交渉権が改めて必要とされる原因の一つがある。なお、監護権＝身上監護権という理解が広まると、父母の一方が「親権－身上監護権」（＋面接交渉権？）をもち、他方が「身上監護権」（＋若干の財産管理権）をもつことによって、実質的な（しかし、近似的な）共同監護・共同親権が実現しうることにもなる。だが、実際には、こうした分属が行われている例は多くない、とされるのである。本稿は、踏襲説を採らないが、この立場の理解は穏当であると考ええる。

（か）小括

昭和戦後期・後半の理論としては、家事実務における家裁調査官の諸活動（と家事調停委員の活動）に焦点を絞って法理論が展開したところを検討した。始めは審判主・調停従という考え方が優先し、次第に、前置調停から後置審判（離婚判決）に進むという実務のあり方がさまざまに影響を与え、理論的にも新しい論議をもたらした。しかし、家事調停・補助の手続原則と調停前置・審判後置の手続原則という考え方の対立はあまり意識されず、審判と調停、調停と審判と用語を使い分ける意味はなお明瞭でなく、混然としていた。昭和戦後期および平成前期における家庭裁判所の運営は、いうまでもなく昭和民法（家族法）と家審法を規矩としているので、日々両者を総合的に解釈しながらの執務であった。長く家庭裁判所だけに配置された家裁調査官は、家事事件の処理上も、次第に存在感を示すようになったのも必然であった。しかし、家裁調査官は、法律家ではないので、自らの職務活動について家審法、民法の適用・解釈との関連で法的見解を発信することは少なかった。結果的に、実務上の影響が強いわりには、法律論として家裁調査官の活動を含んだかたちの家審法理論の展開は十分とはいえない面があった。

第三の手続論は、この点を早くから包摂した理論を構築すべき旨を促し、その方向性を示したものである。唄孝一、鈴木録弥は第三の手続論を再評価して、この内実を具体化しようとした。平井宜雄、久貴忠彦も第三の手続論を承継する立場にあったと解する。

第5節 おわりに

明治民法が採用した協議の正文を起点とし、同法第4編、第5編（家族法）の改正をしはじめ、その方針に従い、まず家事審判法案、次に人事法案を策定した。これに、昭和戦前期のアメリカの家庭裁判所視察の結果を合わせて、家事審判所（家庭裁判所）構想が確定する最終段階で、新憲法制定により大きく内容が変わった昭和民法（家族法）が制定された。これに先立ち制定された家事審判法の立法経過を総合的に検討した家族法の解釈は、どのような特徴があらわれるかを考察した。昭和民法766条に関する通説（明治民法812条踏襲説）への疑問が生じ、家事調停を基礎とした手続法を備えた昭和民法の離婚法制の立法過程をたどると、昭和民法766条と819条の並列的規律という明治民法類似の外装の下に、一体的規律説（民法改正要綱案（起草委員第1次案）第13の2項）の考えが実質的に復活したことが分かった。これらの条文の「するときは」という文言が、調停・審判・判決の実務運営に携わる裁判官、弁護士、家裁調査官、書記官、調停委員に対して絶えず影響をあたえ続けた。民法の協議の概念および家審法における調停前置・審判（判決）後置の手続原則に基づき、家裁実務が子どものいる離婚紛争に真摯に向き合った結果、前記したように監護者の指定と親権者の指定の判断基準がほぼ一致する判例理論をもたらしたのである。くり返すと、協議離婚および調停実務を出発点として、審判や裁判例が長年にわたり蓄積された結果として判例法が生まれ定着したのである。

明治民法は、熟談、熟議の上という伝統的な法実務の蓄積による慣習を尊重して、近代民法の一部（正文）として協議¹²²を取り入れて承認した。一定の権利の内容を定めたのではなく、実定法の基本原則の下に、当事者（間接的には家族、地域社会）の意見を取り入れて法律関係のあり方を合意により決められるルールを実定法化した独特のものである。協議は、実定法に定め

122 中国、韓国においても、協議は合意とこれに至る話し合い過程を含むものと解されている。霍存福・張田田（訳 錢偉榮・青木俊介）『『契約』『協議』『合同』の区別－中国における一連の民法用語の歴史の変遷に関する考察－』前掲注（1）『東アジア家族法における当事者間の合意を考える』5頁～32頁、任相燦（訳 李妍淑）『韓国の相続財産分割における協議の意義に関する検討－歴史的検討と共に－』同書53頁～67頁。

られた権利内容に影響しないわけではないが、実定法に新しい権利を創設するものではなく、その萌芽のようなものを私人の意見一致により決められる手続的なルールの性格が強いものと解する¹²³。この点から、実定法上認められていなかった権利が生成するようにみられる現象をもたらしようにもみえる。良い面も悪い面もあるのかもしれないが、長い試行錯誤の上で、昭和戦前期に家事審判法案、人事法案を作りあげ、昭和戦後期に家事審判法、昭和民法が制定された。民法条文に協議の語が多数採用された他、協議を基礎に置く家事調停・審判の制度を創設させるに至った。その後、家裁調査官制度を導入して、その手続は新しい司法のあり方をもたらしした。国民は、新しい家事調停制度を活用する中で、当初は不満もあり、今も改善の余地はあるが、主体的に向き合うと成果があると実感した。本稿は、このような家事調停を基礎にした民法766条と819条にかかる実務運営¹²⁴の革新と理論の変容過程をみた。両条のあり方は変転をくり返ししながら、確実に収斂しつつあると考える。

最後に、視野を広げて整理すると、穂積重遠、池田寅二郎は日本民法の二系列型法制を基礎として家事調停を組み入れた家事審判法（家事法）構想を提示し、そこに2つの基本原則を樹立した。その第1が調停前置・審判後置の手続原則であり、その第2が国際的には有力である民法の一系列型法制に沿う家事調停・補助の手続原則である。我妻榮の第三の手続論は、家庭裁判所の組織を踏まえ、第2原則を協議の概念をもってより一層革新しようとするものである¹²⁵。

123 「協議」を検討する際、筆者はいわゆる連繫ルール（linkage rules）に示唆を受けた。このルールについては、浅野有紀「法多元主義と私法」平野仁彦・亀山洋・川濱昇編『現代法の変容』（有斐閣、2013）138頁、140頁、141頁、146頁～148頁および同『法多元主義 交錯する国家法と非国家法』（弘文堂、2018）13頁、34頁、54頁～62頁、69頁～72頁、74頁、78頁～81頁を参照し、併せて同氏の教示を受けた。記してその学恩に対し深く感謝申し上げる。なお、田中成明「法の一般的理論としての法概念論の在り方について—現代分析法学の二方向からの批判を手がかりに」井上達夫責任編集『法と哲学』3号1頁（2017）、特に24頁以下参照。

124 本稿では触れられなかった論点が2つある。第1は、離婚後の単独親権者死亡後の生存親の地位をめぐる論争、第2は、日本の農業における家族協定あるいは家族経営協定と協議である。

125 大村・本稿（上）注（61）『穂積重遠』149頁は、我妻は穂積重遠の家族立法を引き継いだと指摘する。この点を民法と家審法の立法過程に即してみれば、我妻は穂積重遠と池田寅二郎の立法作業を引き継いだといえるのではあるまいか。

なお、平成期における2004年（平成16年）の人事訴訟法、2012年（同24年）の民法の一部改正法、2013年（同25年）の家事法の各施行を経た平成後期の日本の家裁実務は、さらに、第1原則と第2原則をともに考えながらバランスをとり改善している。そのためにも、平成民法（家族法）と家事法の総合的な解釈が一層発展しなければならない。

完

