

【国際家族法研究会シリーズ8】

エナ・マルリス・バヨンス

オーストリーにおける国際家事手続法と 調停(離婚と子供の監護の問題を中心に)(2・完)

渡辺 惺之(訳)*

(訳者まえがき) 本稿は、ウィーン大学法学部エナ・マルリス・バヨンス教授による立命館大学で行われた研究会報告「オーストリーにおける国際家事手続法と調停(離婚と子供の監護の問題を中心に)」の第2部の翻訳である。同第1部の翻訳は立命館法学320号(279-305頁)に掲載させて頂いている。バヨンス教授については第1部翻訳の「訳者あとがき」で紹介させて頂いたので、そちらを参照して頂きたい。

この第2部は、国際家事事件に特有な問題ではなく、オーストリー家事手続法における調停制度の展開の経緯と、調停の手続及び調停員制度の概括的な紹介を主たる内容とする。

そもそも調停制度になじみのなかったオーストリーにおいて、未成年子を伴う離婚紛争の適切かつ持続的な解決を得るため、夫婦間の合意による解決を促進する手続手法として調停が注目され、モデル試行を経て制度化されていった。調停の手続的な枠組み、調停員資格等について調査と検討が重ねられ制度として定立されたため、調停という手続の特徴、その有用性等が自覚的に制度化された点で、調停の制度研究としても興味深い報告である。

欧米諸国における家事調停と、わが国のそれとは制度的には大きく異なっている。しかし、未成年子を伴う離婚紛争の深刻化は、わが国の家事実務の現場では共通の認識となっており、この適切な解決に向けた手続制度の研究としてわが国の調停制度にとっても有益な示唆を含むと思われる。知られる機会の少ないオーストリーの家事調停についての資料ということに加え、この視点からも一読に値すると思われる。

* わたなべ・さとし 立命館大学大学院法務研究科教授

目 次

- 第1部 国際家事事件に関する裁判手続法
 - 序説 家族法分野における法適用序列
 - 国際家事事件に関する国際裁判管轄
 - 国際家事事件に関する外国判決の承認と執行（以上、320号）
- 第2部 国際家事事件における調停手続（以下、本号）
 - 序説 争いある離婚事件と争いのない離婚事件
 - A 争いある離婚（婚姻法46条）
 - B 同意離婚（婚姻法55 a 条）
 - オーストリーにおける調停の展開
 - A 「家事調停」モデルプロジェクト（1994/95）
 - B 創設された家事調停（家族負担調整法39 c 条）
 - 2003年民事調停法
 - A 調停員の資格要件の法定
 - B 登録調停員の権利と義務
 - C 現在実施されている家事調停
 - オーストリーの調停とEUの調停ガイドライン

第2部 国際家事事件における調停手続

序説 争いある離婚事件と争いのない離婚事件

オーストリー法では二種類の離婚の方法が認められている。

- a) 争いある（streitig）離婚の場合、夫婦の一方の相手方に対する訴えにより開始され、当事者対立手続を経て判決により決せられる。
- b) 争いのない（nicht Streitig）離婚（同意（einvernehmlich）離婚）の場合、夫婦の共同申立により開始され、非訟手続による裁判所での口頭弁論を経て、決定により決せられる。

A 争いある離婚（婚姻法46条）

争いある離婚の手続（管轄法49条2項2a参照）は民事訴訟法の規定に従うが、いくつか特別な点が民訴法460条（第1審手続について）、483 a 条（控訴審手続について）及び502条5項（上告審手続について）に表れている。特に民訴法460条10項は争いある離婚手続から同意離婚の手続へ

の移行を規定している。この他に、事物管轄に関する特別規定(管轄法49条2項2a)¹⁾及び相対的弁護士代理の特則(民訴法29条1項)²⁾もある。

争いある離婚手続は夫婦の一方の訴え提起によって開始される(夫婦の他方はこれに対して自分の側から反訴の提起ができる)。審理は口頭弁論手続(非公開)による。当事者双方は口頭弁論に出席することを義務付けられている。裁判官は「本人出頭(persönliches Erscheinen)」を命令することができるが、任意に従わない場合は過料(緊急な場合には強制連行)により強制することができる(民訴法460条1号,裁判所構成法87条)。原告が口頭弁論に欠席した場合,被告には「請求放棄を伴わない訴取下を宣言すべき」訴えの申立権が与えられる(460条5号)。

対立的な口頭弁論手続を開始する際に裁判所は「和諧(Versonung)の試み」を行わなければならない,又,手続の続行中いかなる時でも裁判所は常に「和諧により解決する」ように努めなければならない(460条7号)。離婚に関しては当事者処分は許されない,裁判上の和解,請求放棄,認諾及びZPO 396条の規定する過急判決は認められない(460条9号)。

ZPO 460条10号は,当事者による離婚訴訟手続から離婚非訟手続への転換可能性という重要な問題を規定している。つまり争いある離婚手続の係属中に当事者の双方が共同で婚姻法55 a 条の同意離婚手続の申立をした場合は,係属している訴訟を中断し非訟手続の結果を待たねばならないのである。この非訟手続において離婚の合意が成立して同意離婚の申立が許された場合,離婚の訴えは,この同意離婚決定の確定力が生じることで取り下げられたことになり,この場合,訴訟費用は相互に放棄したこととされる。そういう結果にならなかった場合は,申立により争いある手続が再開し続行されることになる。

立法者は繰り返し,争いある婚姻事件手続に関して,裁判所には包括的に紛争を終結させるよう配慮すべき義務があることを指摘している。当事者が弁護士によって代理されていない場合,先ず裁判官は,当事者が離婚に伴い生じる財産法及び社会保険法分野における法的効果について充分

オーストリーにおける国際家事手続法と調停(離婚と子供の監護の問題を中心に)(2・完)(パヨンス)

な情報を得ているかに注意を払わなければならない、社会保険の担当者とのコンタクトを紹介しなければならない(460条6a号第1文並びに11号)。さらに、必要な場合は、当事者に「適切な相談機関を指摘し」、当事者が助言が得られるように、申立により口頭弁論期日を延期しなければならない(460条6a号第2文)。

B 同意離婚(婚姻法55a条)

オーストリー法は争いのある離婚と並んで争いのない離婚という方法を認めている。婚姻法55a条の規定するいわゆる「同意離婚(einvernehmliche Ehescheidung)」である。夫婦は、婚姻共同生活が既に(最小限)6ヶ月にわたり解消され夫婦の双方が「婚姻関係の回復不能な破綻」を認める場合には、法律の定めるところに従い離婚に関する共同申立を行うことができる。

この場合の離婚は非訟手続(非訟事件手続法93-96条)によって行われる。その要件として、夫婦が財産的問題及び配慮権(Sorgerecht)問題について重要な点で一致に達していること、裁判官にそれに基づいた合意書面を提出するか、裁判所でそのような合意に達することが要求される。これは彼らの子供に対する配慮権及び扶養義務に関して、子供が将来どこに住むのか、どちらが(単独若しくは共同で)養育監護を担うのかについて合意が確定していなければならないことを意味している。夫婦は配慮権者ではない方の親の面会交流権についても合意しなければならないが、この点については後日の合意に委ねることもできる。また、争いのない離婚の要件として、夫婦が「夫婦相互間の扶養関係並びに財産法上の請求」についても合意していることが必要である。これらの合意書面は、既にこれらの点について確定力ある判決が存在する場合は不要とされている。

この手続は「同意ある離婚(Ehescheidung im Einvernehmen)」についての夫婦の共同申立により開始される。この手続では当事者は弁護士を代理人とすることはできるが、代理人なしでもよく、強制はされていない。

弁護士以外の者を代理人とすることは許容されない(相対的弁護士強制)。申立は口頭審理を必要とする。両当事者は可能な限り自ら裁判所に出頭しなければならない。裁判官が婚姻共同生活をなお継続することができるの心証を得た場合は、手続を一定の期間(最大6ヶ月間)停止することができる(非訟事件手続法29条は「中断(innehalten)」とする)。当事者の一方が口頭審理に出頭しない場合は、申立は職権で取下を宣告される(非訟事件手続法94条2項)。

口頭審理は特に弁護士により代理されていない当事者の保護に役立っている。このような事例では裁判官は「離婚の結果に関する双方の認識を把握しなければならない」が、ここで特に考えられているのは離婚に伴い生じてくる可能性のある社会保険や財産問題である。例えば夫が共同保険による保障を失う場合、一定額を払い続ければその後も独立別個に保障を受ける可能性は残されるべきである。夫に資産がない場合には、婚姻中に行った保証人としての共同責任によって、生存を危うくするほどの負担が課されてはならない。適正な合意が離婚の前提要件である。裁判所に適正な合意が提出されていない場合は、それ自体を上訴権の放棄の無効原因とすることができる。当事者が裁判所に合意書面を提出していない場合、裁判官は当事者にその締結を指導しなければならない。そのために裁判官は当事者が合意に達するよう適切な相談サービスを指示することができる。

オーストリーにおける調停の展開

A 「家事調停」モデルプロジェクト(1994/95)

オーストリーではまだ20世紀の80年代でもADR制度としての調停は実務では知られていなかった。調停に公的な関心が寄せられるようになった要因は、オーストリーにおける離婚率の増大と、離婚から生じる離婚当事者とその子供の問題であった。長期間の離婚手続と、両親の一方に親権(Obsorge)を帰属させ他の一方に訪問権(Besucherecht)を認めることから生じる後を引く争いが、離婚当事者とその子供との関係を大変に困難

なものとしていた。特に所得の低い階層の人々に、財産法上の問題だけでなく感情の問題という点でも、共助制度が欠けていた。

この状況は次のことにより一層先鋭化されていたのである。即ち、オーストリーの法制度は合意による離婚を法的には許容はしていたが、このためには離婚する当事者間で、財産問題についても親権の問題についても、全ての必要な問題について合意が成立し、その合意書面を裁判所に提出できるか、少なくとも進行中の裁判手続において裁判所の面前で合意を締結することが必要とされていたことである。

1993年2月24日に国会で「離婚における未成年子の問題と調停」というテーマについて公聴会（Enquete）が行われた。この公聴会において、「家族法上の紛争について調停による紛争解決の可能性が中心的問題として議論され、離婚する両親が子供に及ぼす心理的な影響について必ずしも充分には認識していないこと、彼らに配偶者間の問題と親と子の関係を区別させることは容易ではないことが結果として明らかにされた。」³⁾ この危機状況を克服するために、連邦環境・青少年・家族省（現在の連邦健康・家族・青少年省）と連邦司法省は、「子供を伴う両親の離婚・別居と裁判所による家事相談、調停」をテーマとしたモデル作成作業を開始すべきであるとの合意に達した。そこでの基本的コンセプトは法的及び心理的な相談サービス業務を調停の導入により高めることであった。当事者に、特別にこの任務のために設置された、法曹教育を受けた調停員と心理セラピスト教育を受けた調停員により構成される共同調停チームの調停手続が、無料で、つまり公的制度として利用できるようにすべきであるとされた。

このモデルプロジェクトは1994-95年にウィーン・フローリッツドルフ地区裁判所、及びザルツブルク地区裁判所で8つの共同調停員チームによって試行された（特に、21地区あるウィーンの地区裁判所の選定には、モデル試行のためには実際に経済的な弱者が多く紛争事例が多い階層が適していることが考慮された）。8つの共同調停員チームはウィーンに5チーム、ザルツブルクに3チームが配置された⁴⁾。

この2つの裁判所に離婚裁判(訴訟及び非訟裁判の双方)が係属した場合、担当家事裁判官は、離婚を申立てた夫婦に、手続の中で合意による解決のため調停手続を求めることができ、そのことによって時間と費用のかかる裁判手続の係属は妨げられないことを指摘することとされた。当事者がそれに応じる用意があることを表明すると、裁判官は彼らにこれらの裁判管轄地区に配属された共同調停員チームの一つを指示した。

モデル試行の成果は1997年に連邦環境・青少年・家族省から公刊された⁵⁾。報告書は紛争解決制度としての調停は初めは全く知られていなかったとしている。しかし、共同調停員チームの経験が増すにつれて、又、自己責任で懸案問題を解決する可能性のあるこの紛争処理方式に対する人々の信頼が増すにつれて、成功例の数は増えていった。半数以上の事例で調停による合意締結が達成できるようになったのである⁶⁾。

モデル試行は、多少の差はあるが、調停という手続に必要な枠組みの条件について興味深い点を明らかにした。手続の中で調停を試みてはという裁判官による提案は手続の開始時になされた方が、それより後の、当事者双方がお互いの見解を明確に固めてしまった段階でなされるのと比べ、当事者に肯定的に受け取られ実行される率がずっと高くなっていった。適切な時期に調停という選択について指摘を受けた場合、当事者は何回かに及ぶ期日への参加について基本的な準備ができていたことも明らかになった。さらに法学教育を受けた調停委員の経験によると、調停委員が争点となる法律問題及びそれについて考え得る解決を直接に指摘することは、調停委員と当事者間の信頼関係を変化させ、それによって当事者間の緊張を高め、もともと存在する相互に話し合うことの困難さを一層高めてしまうことになったとされた。そこから調停委員は、法律的な評価や解釈を控えて、当事者に調停外の第三の場で法律的な助言を受ける必要があることを指摘するに止める方がよいと断言している⁷⁾。

1998年にはさらに中間的なフォローアップ研究として「離婚・監護事件(Pflegeschaftssacche)に関する裁判外調停とその家族関係への影響」が

実施されたが、それにより調停において得られた結果は、当事者双方の間に一定の信頼関係が形成され、それが調停後にも続いているという場合に限り期待できるということが明確になった⁸⁾。研究の目標は効果を持続させることと、調停手続の介在を「日常化」する点にあった。そこでの問題は、特に、そのような基礎の上に得られた合意は明らかに「一層確実度が高い」と云えるか、又、調停手続を介在させることが衝突を回避し容易な解決を見出すという「学習効果」を生むことに繋がるかという点にあった⁹⁾。この研究の基礎となったのは調停終了後1乃至2年を経た関係者への個人インタビューであった。その研究の最終的な結論は調停手続それ自体は「長期にわたり暗礁に乗り上げてしまった紛争の構図」を変えることはできないというものであった。しかし、当事者が建設的な議論に向かう、また、合意による解決を得ようとする努力に向かう基本的な準備が、少なくとも始めに存在しその後も引き続き学習できるような事例においては、その能力を強め十分な効果を挙げさせることができるとされている¹⁰⁾。

B 創設された家事調停(1967年家族負担調整法(FLAG 1967)39c条)

モデル試行において実施された共同調停、特にそれによって得られた当事者間の親権、面会交流権、婚姻財産の分割などに関する合意数の増加という明確な成果を見て、立法者は次の一步として家事調停を法制度化することになった。立法者は、婚姻法(EheG)、民訴法(ZPO)及び親子法変更法(Kindschftrecht-Änderung-Gesetz、以下、KindRÄG)中に、短い表現で「仲介の第三者(調停員)(vermittelnden Dritten(Mediator))」の地位を定める規定を設け、特に守秘義務を課し、同時に当事者とのコミュニケーションに関わる証言拒絶権を整理し、当事者を時効の心配から解放するために離婚及び親権に関する裁判において調停協議が介在する場合に期間の進行を中断することを規定した(§99 EheG i.d.F. des EheRÄG 1999, Art XVI KindRÄG 2001, §320 Z 4, §460 Z 7a ZPO、これらの条文の中には現時点では既に廃止された規定もある)。

調停は弁護士及び公証人の職務像にも影響を及ぼした。弁護士法及び公証人法において弁護士及び公証人の職務について調停員としての業務を明記した規定が設けられ(§ 8 Abs 5 RAO; § 5 Abs 4b NO), 両方の土業についてこの新業務領域での業務執行ガイドラインが加えられた。

立法者は特にこのモデルプロジェクトの実際化として常設的な国家制度化を図った。1967年の家族負担調整法(Familienlastenausgleichsgesetz 1967, 以下, FLAG)¹¹⁾を改正し, 39 c 条に国家制度としての家事調停の基礎を置いた。それにより, 国家予算中の特定資金を使って, 一般的利用が可能な「調停又は子供を伴う両親の離婚・別居状態」について質の高い方式を提供する制度の創設が規定された。この法律を基盤として, 当時の「連邦環境・青少年・家族省」(現在の「連邦健康・家族・青少年省」)は, 「調停又は子供を伴う両親の離婚・別居制度を創設するガイドライン」¹²⁾を発したが, これは制度の創設目的に基づいて制度創設の具体的な条件を明らかにしたのであった。そこでは調停が目的とされたのであるが, これに関して, ガイドラインは冒頭で「家事紛争及び親子関係紛争について質の高い基準に準拠し, 需要に適切に対応した調停制度の提供」を強調した。このガイドラインに引き続いて「1967年 FLAG 39 a 条による調停実施ガイドライン(家事紛争調停)」が発せられた¹³⁾。

この実施ガイドラインが初めて調停の要件と効果を取り上げ, また, 調停手続の進行に関する原則基準を規定した。これによってオーストリー法の中に徐々に調停という制度が組み込まれて行くことになった。調停員の「中立性(Allparteilichkeit)」が規定され, 調停員は双方当事者に対して等距離を保つことを義務付けられるに止まらず, 担当する事件においても双方当事者に対して同じ提案(Einführungsgabe)をしていることを明示しなければならないとされた。さらに調停員には調停において信頼して打ち明けられたこと, その他そこで知ったこと等, 生じたことの全てについて守秘義務が課されている。この実施ガイドラインは手続自体についても, 当事者の調停申立により開始され, その申立が手続追行の基礎となること

オーストリアにおける国際家事手続法と調停（離婚と子供の監護の問題を中心に）（2・完）（パヨンス）

を規定した。開始された調停を当事者は何時でも終結させることができる自由が強調された。共同調停員は当事者に対して生じ得る法的な可能性、特に（純粹に私法上の効力のみを有する）合意を締結した後に生じ得る可能性について、全体的な情報提供の義務があったとした。費用に関する条項が設けられ、実施された調停の費用負担が確定された。実施ガイドラインは、さらに調停員の基本的な質、特に家事調停に必要とされる調停員の質、及び、「家事調停の育成」について詳しい規定を置いている。

これらの規定は全てこの少し前にヨーロッパ理事会（Europarat）の閣僚会議で決定された家事調停のためのヨーロッパ理事会勧告 R（98）1 との調整を意識して起草された^{14）}。この勧告において加盟国は、夫婦の離婚や別居により生じる家族の危機的状態を解消し、特にそこで子供達が被る深刻な危機を適切に克服するために、調停及びその他の ADR 制度を整備することを求められていたのである。

そこに掲げられた規定は、FLAG 39 c 条及び弁護士法及び公証人法の職務規程を除き全て、2003年に民事調停法（Zivilrechts-Mediations-Gesetz, ZivMediatG）が施行されたのと同時か、又は、若干遅れて廃止若しくは改正されている。民事調停法においては、婚姻法（EheG）99条、民訴法（ZPO）460条 7a 号、親子関係法改正法（KindRÄG）16条の特別規定に代えて、専門分野を限らない一般的な調停手続規定が設けられた。民訴法（ZPO）204条 1 項には第 2 文が追加され、裁判官に事件分野を問わず一般的に当事者に対し、「合意による紛争解決に向けた制度があることを教示」する権限を認めたが、さらに、その適用範囲を拡張する民訴法（ZPO）320条 4 号が追加されている。

2005年 1 月 1 日に、実施ガイドラインに代えて「連邦健康・家族・青少年省」は調停実施に関する2004年12月22日ガイドライン（GS42 5000/5-V/2/04）を発した。その諸規定は、司法省が民事調停法29条に基づき発した2004年 5 月 1 日施行の「民事調停育成規則」^{15）}によって補強された。

2003年民事調停法

A 調停員の資格要件の法定

家事事件の調停から得られた経験及び EU 内でのヨーロッパ調停ガイドライン¹⁶⁾の設定に向けた努力というバックグラウンドが合わさって、オーストリーの立法者は調停を包括的に法的基盤の上に載せて、これにふさわしい全ての広義の民事法に属する法分野を対象とした制度とした。2003年民事調停法(Zivilrechts-Mediations-Gesetz 2003)が BGBl I Nr. 29/2003により公布された¹⁷⁾。その第1条は調停の定義と適用範囲について以下のように規定した。

「第1条:(1) 調停は当事者の自由な意思に基づき、専門的に養成された中立的な仲介者(調停員)によって制度的に承認された手法で当事者間の意思疎通を図り、各当事者自身が責任をもって紛争の解決を可能にすることを目的とする作業(Tätigkeit)である。

(2) 民事調停は通常裁判所が管轄すべき裁判紛争の解決のための調停である。」

この法律は民事法分野で生じる全ての調停手続に適用される。しかし、この法律は、時効の中断という訴訟手続上の問題をただ一つの例外として、1999/2001実施ガイドラインのような調停手続自体を規定しているものではなく、主として調停員が備えるべき質的基準を規定し、いわゆる「登録調停員」と認定されるために受けなければならない教育と、調停員の権利と義務を規定している。

この法律は、調停員として業務に従事する者が修めるべき職務教育のスタンダードを保障するため、連邦司法省に司法大臣に調停に関して助言をする調停審議会を設置した(4条)。審議会は27名の委員により構成され、任期は原則として5年である(但し再任可)。27名の委員中12名は「調停分野の代表的な団体」の推薦に基づき司法大臣が任命し、13名については様々な業種の団体(弁護士、公証人、裁判官、心理学者)の推薦により、

又、残り2名は大学関係から任命される。審議会の任務は調停に関わる問題についての審議し意見を述べることであり、並びに、調停員養成のための教育過程について提言することである。この提言に基づき関係諸機関を拘束する省令が規定される。この教育課程の修了が原則的に「調停員のリスト」に登録される要件となっている。このリストは司法省において作成されるが、リストへの登録の手続には審議会の委員中から選ばれた5名の委員により構成される委員会も関与するものとされている（7条）。民事調停法は司法省では2つのリストが作成されると規定している。a「調停員のリスト」（8条以下）と、b「民事事件の調停に関わる教育養成機関及び養成課程のリスト」（23条以下）である。同法9条1項は調停員としての登録要件を規定している。それによると1) 満28才以上であること、2) 専門的な教育を受けたこと、3) 信頼に値すること、4) 19条による責任保険を締結していることを要する。登録申請者はさらに業務に従事する領域（Räumlichkeit）を定めなければならない（9条2項）。登録申請者は、登録された教育機関で必要な教育課程を修了したという職務資格の証明を提出しなければならないが、その際に、その者が備えている専門知識、営んでいるいわゆる「基本職（Quellberuf）」特に弁護士、公証人、大学教授、心理学者、社会学者等が特に重視されている（10条2項）。これに関する詳しい規定は民事調停員養成規則でなされている。

登録は5年間有効であるが、調停員が規定により指定された再履修課程を修了したことを証明した場合には、さらに10年間の延長が可能となる（再延長も可、13条）。登録申請又は延長の申請の拒絶は決定をもってしなければならず、これに対しては行政裁判所に取消の申立ができる。

B 登録調停員の権利と義務

登録調停員の権利と義務はまとめて規定されている（民事調停法第4編15-21条）。それによると、先ず、調停分野での営業的な仲介的事業は許されない（15条2項）。調停を始めるか否かについての当事者の自由は、これ

を最終させる自由と共に、常に尊重されなければならない。調停員は当事者に調停の本質(Wesen)と法的効果について説明しなければならないが、それは「持てる最善の知見により(nach besten Wissen und Gewissen)」、個々人に直接に、且つ、「両当事者に中立的に」、つまり両当事者のいずれにも偏らず、「等距離に」行われなければならない(16条2項)。従って、当事者の一方の代理人として行動することは言うまでもなく調停活動とは両立し得ない。それがたとえ同時的ではなく、事前であっても、事後であっても、この点に変わりはない。同じことはあらゆる裁判的業務(例えば仲裁人)にも当てはまることである。調停員はむしろ当事者に「助言、特に調停に関連して法的視点からの助言を得る必要があることを指摘すべきである。」(16条1項及び3項)。しかし、調停員は「調停終了後に自身のその他の業務分野で、且つ、他の全ての関係人の了解を得た上で」、「調停の結果の実現」に資する範囲で、業務を行うことができる(16条1項);例えば、得られた合意について、公証人として執行可能な公正証書を「作成し(umgiessen)」たり、或いは、弁護士として調停手続で得られた合意を、係属していた裁判手続において裁判上の和解として書面化させたり、又は、係属している離婚裁判手続において(同意ある離婚を得るために必要とされる)合意として裁判所に提出したりする業務が挙げられる。

調停員として執務中に明かされた又は知った全ての事実について守秘義務が課されている(18条)。これは自身が依頼を受けた書面作成や口頭陳述についても適用される。調停に従事した全ての者ではなく、登録された調停員だけが裁判上での証言義務を免じられている。なお、民訴法(ZPO)320条4号が規定している裁判所への召喚の禁止、又は、裁判で陳述させることの禁止は、これとの関連では、単なる証言の拒否という禁止ではなく審尋(Venehmungsverbot)の禁止の問題というべきである(この両者の境界は、利益衡量に際し高位に位置づけられ優先されるべき子の福祉に見出されなければならない)。

C 現在実施されている家事調停

民事調停法には調停の手続過程に関する規定はない。その22条が、調停の対象である権利や請求権に関して、時効やその他の期限の開始や進行は、登録調停員による手続が開始され係属している場合に、中断されることを規定しているに止まる。

従って、家族・親子関係調停について1999/2001実施ガイドラインが定めている詳しい諸規定は、一般規定化されてもいないし、又、一部分だけでも民事調停法に取り込まれているということもない。そのガイドライン上の規定は、その一部分に止まるが、新たに（FLAG 39 a 条に基づき発せられた）2004年の家事調停実施新ガイドラインに取り込まれている。その3条6項は、一般の「利用に供される」「公共機関（法的主体）」（例えば調停協会など 訳者）の特有の義務として、「所属する調停員チーム」が以下の規定を遵守することを保障するよう規定している。

- 「a) 調停員の一名が、依頼者（Klienten/tin）に対して法的若しくは事実上の関係を有する場合、特に調停員が依頼者の助言者、後見人、又は、セラピストとしての役割を担っている場合には、調停を開始することはできない。
- b) 調停は依頼者が必要な要件を備えていない場合には、開始することはできない。
- c) 調停員チームは、調停当事者双方に、その家事紛争の法律的並びに経済的な側面、及び、関係する子供に及ぶ可能性のある影響について、包括的に説明しなければならない。
- d) 調停員チームは、調停当事者双方に、弁護士強制はないが、弁護士による代理を選ぶかは自由であることを知らせなければならない。
- e) 調停員チームが民事調停法8条以下の規定する調停員のリストに登録されていない場合、調停当事者双方に民事調停法22条に定める期限の中断は生じないことを告げなければならない。
- f) 調停をなすための専門性の要件が欠ける場合は、調停当事者双方に

事案に適切な制度への移行を説示しなければならない。

- g) 調停当事者の一方と調停員チーム乃至その一人との接触は、調停外においては、期日の約定の場合を除き、許されない。
- h) 調停は調停当事者の一方、又は、調停員チームのいずれからでも、何時でも中断させ、又、終結させることができる。
- i) 調停員チームは、調停内で明かされ若しくは知った事実について守秘義務を負う。調停内で提出され又は提供された書類は機密として扱われる。

法的主体(Rechtsträger)となる団体及びその機関も、以下の場合を除き、守秘義務を負う。

調停の実施についての裁判所宛での通知

連邦社会保険・ジェネレーション・食品安全省に提供すべき書類」

ガイドラインのこの部分の内容はほとんど完全に民事調停法とも調和するが、ただ調停当事者の一方との単独でのコンタクトは許されないとする規定は、民事調停法の規律内容を越えている。

家事調停の促進という面では、これまでの形態に止まっていて、当事者の選択に委ねられている。データは集積され統計的に処理されている。調停当事者の職業、年齢、子供の数、婚姻ないし同居の期間、離婚又は別居の方式(争訟的、非争訟的)、更にはどのような問題分野(親権、訪問権、養育、財産分割)について調停が行われたか、調停時間がどの程度であったか、調停が不調に終わったか、又は、争われていた事案について全面的、又は部分的に合意に達したかについて調査が行われている。さらに費用も記録されている、つまり国家の側からの費用補助がどの程度で、当事者自身が負担した額がどの程度かについてである¹⁸⁾。このデータは、「連邦健康・家族・青少年省」がこの分野で国民の経済的社会的な変化を注視するのに役立つ、又、次の新たな法整備の際に必要な社会経済的なデータを提供することになる。

オーストリーの調停と EU の調停ガイドライン

最後に、ヨーロッパ連盟が計画している調停ガイドラインに触れて、注意を払うべきもう一つの側面を提示したい。それはオーストリーにおける調停の考え方と実務において一貫して強調されてきた調停の任意性という基本線である。

これは最高裁判決 OGH 15.7.1997 (1Ob161/97) においてあらゆる種類の調停の不可欠の要件として判示されており、裁判官は、それが争訟的手続か非争訟的手続かを問わず、当事者の一方の意思に反して、一方の当事者の申立のみに基づき調停手続の開始を命じることは許されないとした（具体的には、親権者でない方の親の子供との交流権に関わる事案であった）。

この点ではオーストリー法はドイツ法とも英国法とも異なる。

a) オーストリーの立場は、当事者が調停手続に向かうようにいかなる強制を加えることも許されるべきではないというものである。裁判官の提案した調停手続の勧誘を当事者の一方が拒否した場合、裁判手続が争訟的でも非争訟的でも、裁判官は無条件に遅滞なく裁判手続を続行させなければならない。このことは、当事者（又は調停員）の一人が調停手続の開始後に調停手続を中止した場合でも、その理由のあるなしを問わずに同じである。このような対応や、ほとんど合意に達している妥協案を最後の段階で拒否する等の対応に対して、調停が裁判中の適切な法的助言に基づいて行われていた場合でも、裁判官がよく言われるような制裁を課すことは許されていない。特に、そのことによる裁判手続に対する費用負担なども（英国法とは異なり）生じることはない。（オーストリーの考え方は、後日に裁判費用償還権を失うというリスクは、当事者に対し「圧力」として作用し得るというものである）。当事者が国家裁判所の権利保護手続に戻ったことに対する制裁はあってはならないのであり、それにより裁判所が下すことになった裁判が、当初調停手続でほぼ到達しかかっていたのと基本的

には変わらず、結果的に当事者が拒否した和解による解決と異なる場合でも、制裁はあってはならないのである。

- b) 調停は調停員リストに登録された者によって、職業的になされるように特別に制度化されている。家事調停の場合もそのような調停員による調停が原則となっている。「裁判官による調停」という関与形態、ドイツにおいてなされたモデル試行、特にゲッティンゲン地裁モデルのような制度は、オーストリア法にはない。調停員としての業務と裁判官が和解手続で果たす業務とを混同されてはならない。裁判官は調停手続を試みるよう指示することはできるが、自分自身や他の裁判官がこの役割を引き受けることは許されていない。調停による合意を、その後に引続く裁判手続において裁判上の和解調書に作成して訴訟を終結させ、同時に調停手続で得られた合意条項を裁判上の和解に「移し替える」か否かは、当事者の自由に委ねられている。これまでの離婚裁判手続を婚姻法55 a 条による同意ある離婚のための非争訟的手続に移行させることもできる。しかし、調停とそれ以外の(裁判上又は裁判外の)紛争解決の区別に有用な、双方の手続の時間的な間隔は堅持されている。いずれの当事者も執行力ある合意を軽率に急いで決してしまうような危険は避けるべきである。仮に調停とその後引続き執行名義への「転換」手続とを組合せる場合、つまり執行名義を今や執行名義付と裁判官の立場にある調停裁判官が裁判上の和解の決定により付与するような場合でも、同じくこれは妥当する。調停者の役割と裁判官の役割を同一の公務員に組織上統合することは、当事者の完全な自己決定の自由を、少なくとも心理的な面で制約することになる。これが、オーストリー法(ZPO 204条2項1文)が裁判官に当事者に対し調停の可能性を指摘することを認めながら、調停自体は組織的には独立した登録調停員によることとし、それに裁判官を数え入れない理由である。当事者が得られた私法上の合意を執行名義に転換させるためには、必ずそのための調停当事者の新たなイニシアチブを要するのである(上述・C参照)。
- c) ヨーロッパ調停ガイドライン(COM(2002)718)は、現在ではヨー

オーストリーにおける国際家事手続法と調停(離婚と子供の監護の問題を中心に)(2・完)(パヨンス)

ロップ議会の2007年3月29日立法決議¹⁹⁾に基づきヨーロッパ参事会による共通理解により編纂された2008年3月29日版²⁰⁾に規定されているが、調停過程として両方のタイプを採用して、どのタイプの調停を国内法として規定するかを個別の加盟国が決定することとしている。

この点について、EU 調停ガイドライン5条2項(当初は3条2項であった)は、次のように強調している。

「このガイドラインは、加盟国の国内法規定が、調停請求の申立を裁判手続開始の前又は後に義務付けたり、優遇や制裁を付加したりすることを、それが当事者の裁判手続にアクセスする権利の保障を侵害しない限り、妨げるものではない。」

現行3条は、さらに、そのa)項において「調停」の概念規定に際して、明文の文言を次のように付加し、調停手続には「当該紛争に関する裁判手続を管轄する以外の裁判官による調停も含まれる」としている。一方、調停を和解手続と区別して、「受訴裁判所又は裁判官による当該紛争に関する裁判手続上でなされる紛争解決の努力は、これには含まれない」と規定している。

検討されているガイドラインは、さらに、加盟国に当事者が到達した私法上の合意を執行力ある合意に転換できるようにすることを求めている。これをどのような方式でなすべきかについては指定はしていないが、正当で公式な位置づけと、考慮対象となる執行名義の種類(判決、判決以外の裁判、公正証書)だけは掲げられている。即ち、6条1項第1文及び第2文(調停で得られた合意の執行力)は、次のように規定している。

- 「(1) 加盟国は、当事者双方が、又は当事者の一方が他方の明確な同意の下に、調停手続で得られた書面合意の内容を執行力あるものにする申立を可能にし……
- (2) その合意の内容は、申立がなされた加盟国の法に従い、裁判所又はその他の権限ある公務所において、判決又はその他の裁判、公正証書により執行力を付与することができる。」

加盟国の法に従った執行力付と手続に基づき作成された執行名義は他の全ての加盟国で受け入れられる。このことは、EU 調停ガイドラインにより希求されている調停モデルの協定はヨーロッパにおいて達成されていない中で、このモデルに抵抗している EU 加盟国に対して、その法をここに示された発展方向に変えるための間接的な圧力となっているといえる。この傾向は最早オーストリーでは確定的である。そのため特に弁護士は(ドイツの若干の州では既に生じている現象であるが)、弁護士に執行可能な和解を当事者に締結させることができる権限を要求している。

- 1) 暫定的に特定の重点区の区裁判所(旧管轄法49 a 条及び104 b 条)にいわゆる「家事特別部」が設置されていた。これらは現在はないが、管轄法49条 2 項 1 2b 号及び 109 114 a 条の掲げる事件は区裁判所では特別な部に、また、最高裁でも同様な審理廷に移されている: 裁判所構成法26条 3 項, 32条 4 項。
- 2) 相対的弁護士代理 (relative Anwaltspflicht) とは、当事者は裁判所の手続について代理人を強制はされていないが、代理人を依頼することはできる。当事者が自ら裁判手続を行わない場合は、弁護士のみが代理をすることができ、その他の者が訴訟代理人となることができないことを指す。
- 3) Ferz/Filler, Mediation. Gesetzestexte und Kommentar (2003) 15.
- 4) これに関わった共同調停員 8 チームは後に「オーストリー共同調停協会 (Österreichischen Verein für Co-Mediation)」を組織した。
- 5) Familienberatung bei Gericht Mediation Kinderbegleitung bei Trennung oder Scheidung der Eltern. Bericht über ein gemeinsames Modellprojekt des Bundesministeriums für Umwelt, Jugend und Familie und des Bundesministeriums für Justiz (Wien 1997). この報告書は連邦環境・青少年・家族省から同じ年度に „Neue Wege der Konfliktregelung“ というタイトルで書籍として出版された。このモデル試行の学問的な評価は英語版も出版されている: Federal Ministry of Environment, Youth and Family Affairs, The Austrian Pilot Project “Family Counselling at Court Mediation Child Guidance in Divorce Cases” (1997).
- 6) Ferz/Filler, a. a. O., 86.
- 7) このような経験は以下でも報告されている。Roschger-Stadlmayr/Steinacher, Praktische Erfahrungen in Scheidungs-/Besuchsrechtsmediationen, RZ 1998, 274 (Co-Mediatorenteam beim Bezirksgericht Salzburg); Wiedermann, Das “Modell Co-Mediation” in Österreich, ZKM 2000, 22 ff (Co-Mediatorin in einem der Wiener Teams).
- 8) Pelikan/Pilgram, Die außergerichtliche Mediation in Scheidungs- und Pflegschaftssachen und ihre Auswirkungen auf die Familienbeziehungen (Institut für Rechts- und Kriminalsoziologie, Wien, Februar 1998).
- 9) Pelikan/Pilgram, a. a. O., S. 2.

オーストリーにおける国際家事手続法と調停(離婚と子供の監護の問題を中心に)(2・完)(パヨンス)

- 10) Pelikan/Pilgram, a. a. O., S. 10 ff.
- 11) 家族負担調整の補助に関する1967年10月24日連邦法: Bundesgesetz vom 24. Oktober 1967 betreffend den Familienlastenausgleich durch Beihilfen (Familienlastenausgleichsgesetz 1967), BGBl Nr 376/1967, 同改正法 (BGBl I Nr. 136/1999)[以下では, FLAG].
- 12) Bundesministerium für Umwelt, Jugend und Familie, GZ 412200/10-IV/1/99.
- 13) 改正版: GZ 41 2225/74-VI/1/2001.
- 14) Recommendation No. R (98) 1 of the Committee of Ministers to Member States on Family Mediation and Explanatory Memorandum, adopted by the Committee of Ministers on 21 January, 1998 at the 616th meeting of the Ministers' Deputies.
- 15) 登録調停員の育成に関する連邦司法大臣令: Verordnung des Bundesministers für Justiz über die Ausbildung zum eingetragenen Mediator (Zivilrechts-Mediations-Ausbildungsverordnung), BGBl II Nr 47/2004 (以下, ZivMediat-AV).
- 16) 民事並びに商事における ADR 手続に関するヨーロッパ委員会の2002年4月19日付録書 (KOM (2002) 196 endg.) 参照, 同じく, 民事並びに商事事件における調停の特定面に關するヨーロッパ議会及びヨーロッパ参事会のガイドライン提案 (COM (2004) 718) も参照, 調停ガイドライン作業については, Mayr, Europäische Initiativen zur Förderung der alternativen Streitbeilegung, ZfRV 2007/26, 163; 又, 立法経緯について詳しくは, ヨーロッパ議会の共同体条約251条2項第2文に基づく委員会の最新報告 (ガイドラインの採用に関する参事会の共通理解, COM/2008/0131 endg.) を参照。
- 17) 民事調停法 (Zivilrechts-Mediations-Gesetz ZivMediatG) 並びに婚姻法, 民事訴訟法, 刑事訴訟法, 裁判費用法, 2001年親子関係法変更法の改正に関する連邦法 (BGBl I Nr. 29/2003)。
- 18) 連邦健康・家族・青少年省 (Bundesministerium für Gesundheit, Familie und Jugend) „Statistische Aufzeichnungen über die geförderte Mediation“ (1. 5. 2005以降)。
- 19) 民事及び商事に関する調停の諸問題に関するヨーロッパ議会並びに参事会のガイドライン提案のためのヨーロッパ議会の2007年5月29日の立法決議 [COM (2004) 0718 C6-0154/2004 2004/0251 (COD)]。
- 20) 民事及び商事に関する調停の諸問題に関するヨーロッパ議会並びに参事会のガイドラインの受入に関するヨーロッパ参事会の2008年2月28日の共通理解文書 [CS/2007/15003/2004/0251 (COD)]。