

ペーター・ベーム*

新非訟事件手続法による 配慮権手続及び訪問権手続

佐々木 健** (訳)

1. 手続における当事者たる地位

2003年の非訟事件手続法（以下、非訟と略する）は、非訟事件に関する手続を抜本的に改正するものであり、全体的な法典編纂を行い、総則に続いて特別手続を定めている。同法第7章は、「配慮及び父母と未成年子との間における人的交流に関する規定」を定めている（非訟104条から111条a）。本章において、立法者は、この手続の関係人の誰が**当事者**であるかを詳しく定める意図を持っていなかった。つまり、非訟事件手続法第2条の一般規定によれば、各手続上の役割において、父母は、**申立人**（2条1項1号）又は**相手方**（2条1項2文）として（形式的な当事者概念の意味において）当事者適格が既に認められていたために、その必要がなかったのである（なお、婚外子の父は、実体法上の地位によれば申立権が認められないため、「父母」の概念には含まれない）。**未成年子**が当事者に該当することは、なおさら明らかである。非訟事件手続法第2条第1項第3号によれば、「申立てられた裁判若しくは裁判所が予定する裁判又はその他裁判上の行為によって、**法的に保護される地位**につき直接に影響されるすべての者が」（実体的な当事者概念の意味において）当事者とされるのである（また、法律が未成年子の手続能力及び手続上の代理について定めていること、それだけで、法律は未成年子

* ペーター・ベーム ウィーン大学名誉教授

** ささき・たけし 札幌学院大学法学部准教授

が当事者としての地位を持つことをそもそも前提としているのである。また、未成年者に対する関係で「その他の当事者」と掲げる同法第104条 a から明らかである。手続が**職権**によって開始される場合には、すべての関係人にそれが当てはまる。したがって、常に複数当事者が関わる手続が問題となるため、民事訴訟法による訴訟手続よりも非訟事件手続の方が適している。

2. 未成年者の特別な手続能力

すべての（出生した）人が（通常の権利能力から導かれる）当事者能力を持つことに疑いの余地はこれまでなかった（しかも、民法274条及び非訟事件手続法5条2項2 a号によれば、胎児の権利能力を前提として、**胎児**の暫定的な利益保護のために、財産管理人を選任することができる^{とされる}）。この事件類型における未成年者の訴訟能力ないし——非訟事件手続でいわれる——手続能力は、長い間、議論的であった。2001年親子関係法改正法（*Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001*）以降、14歳以上の未成年者は、配慮権及び教育又は人的交流権に関する手続において、**独立して裁判所で手続行為をすることができると明らかにされている**（非訟104条）。未成年者の判断能力を考慮して、必要がある場合には、裁判所は、未成年者が自らの手続権を有効に擁護できるように配慮しなければならない（104条1項）。その際に、とりわけ考えなければならないのは、少年福祉局（Jugendwohlfahrtsträger^{訳者注1}）である（これに関しては、後掲5を参照）。

未成年者には法定代理人が必要であるため、未成年者の手続能力と法定代理人の権限との関係を規定する必要があった。非訟事件手続法第104条第2項によれば、未成年者の名において手続行為を行う法定代理人の権限

訳者注1) Jugendwohlfahrtsträger = 少年福祉局

少年福祉局は、公的な少年福祉を担う州の行政官庁であり、いかなる機関が公的の少年福祉の職務を担当するかは州法が定める（少年福祉法：JWG 4条）。少年福祉局は、母親・乳幼児・青少年に対する社会福祉事業を職務として行う。

に影響はない。未成年者と法定代理人の申立てが一致しない場合には、裁判に際して、すべての申立の内容が考慮される必要がある。裁判官は、その際に、常に子の福祉に従わなければならない（弁護士に代理させる義務があるかどうか、そしてどの範囲を代理させるかについては、後掲 6 を参照）。

3. 子ども補佐人 (Kinderbeistand)

未成年者のより良い保護のために2009年子ども補佐人法 (*Kinderbeistand-Gesetz*) に基づき設けられた子ども補佐人制度は、未成年者の手続能力と切り離して見る必要がある。同法に伴い挿入された非訟事件手続法第104条 a 第1項によれば、配慮権手続・訪問権手続において、その他の者の間での争いの程度に鑑みて、未成年者の支援のために必要であり、裁判所が適切な者を選任できる場合には、14歳未満の未成年者に対して、——場合によっては職務で——子ども補佐人が選任されなければならない。特に必要な場合には、同様の理由から、本人の同意のもとで、(14歳以上で) 16歳未満の未成年子にも子ども補佐人を選任することができる。子ども補佐人については、とりわけ、その者の職業や子どもや青少年に関わる分野での職業経験又は職業訓練から、この職務に適切な者だけが考慮される(子ども補佐人の選任に際して、裁判所は、連邦司法省又は司法省からの依頼に基づき司法支援局 (Justizbetreuungsagentur^{訳者注2)}) から名前が挙げられた者を選ばなければならない)。子ども補佐人の職務については、基本的に、第104条 a 第2項に挙げられている。子ども補佐人は、未成年者と必要なコンタクトをと

訳者注2) Justizbetreuungsagentur = 司法支援局

司法支援局(以下、JBA と略)は、オーストリア司法政策上必要な、様々な専門領域の人材を準備する使命を担う公的機関である。JBA の職務は司法関連施設に対する人的支援であり、当該施設に関わる者の治療、保護、教育、世話のために(精神医学、心理学、医学、作業療法、教育学、ソーシャルワーク等の)専門職員を供給する。例えば、矯正職員、子ども補佐人、経済・科学・IT 分野専門技官、法廷通訳、家庭裁判所支援職員等を抱える。

るようにし、手続の経過について未成年者に知らせなければならない。その際に、子ども補佐人は、その機能を発揮する中で開示された、又は知らされた事実について、**秘密保持義務**を負う（信頼関係にとって中心となるこの義務は、事件を受任した訴訟代理人の義務に相当する）。未成年者の同意のもとで、子ども補佐人は、裁判所に対して、未成年者の意見を代弁しなければならない。

子ども補佐人は、手続法上いかなる地位を有するというべきであろうか。裁判所により選任され、法律上、「補佐人」という名称を持つものの、子ども補佐人は、その職務の限られた権限においてさえも、法定代理人や財産管理人ではない。つまり、子ども補佐人は、未成年者の了解のもとで、未成年者自身の意見を——そのまま、本人の意見から外れることなく——裁判所に伝えなければならないため、子ども補佐人が未成年者を従わせるわけではない。他方で、子ども補佐人は、未成年者の法定代理人の権限に介入することは認められていない。子ども補佐人の権限が法定代理人から独立しているのは、情報の観点、つまり未成年者とのコミュニケーションにおいて特別な地位にあることからいえる。私見では、子ども補佐人は、**手続の中で子どもに付き添い**、未成年者の特別な**利益を代弁する者**であり、助言者としての機能を持つ者である。子ども補佐人を選任する理由は、子の福祉を危殆化する紛争状況から説明することができる。子ども補佐人による手続への関与が正当化されるのは、その者が子どもや青少年との関わりにおいて特別な専門知識を持っているからである。それによって、父母間の争いから精神的な負担を一層敏感に感じている未成年者を、父母双方との関係において、よりよく援助すべきである。第104条 a 第4項からも、子ども補佐人が有する相当な専門知識が選任の基礎となる理由であることは明らかである。（公平さを損ねる事情による）子ども補佐人の忌避については、**鑑定人の忌避**に関する規定が類推適用される。

子ども補佐人の手続内の権限に関しては、任意の代理人、つまり手続代理人 (Bevollmächtigten) に近いものである。第104条 a 第3項によれば、

子ども補佐人は記録閲覧権を有する。子ども補佐人には全ての期日について通知し、当事者による全ての申立てが送達されなければならない。その他、身上配慮手続についても、手続開始の申立ての送付により、子ども補佐人に情報提供がなされる必要がある。そして、子ども補佐人は、すべての口頭弁論に参加することが認められている。さらに、子ども補佐人は、未成年者の希望に基づいて、口頭弁論以外での証拠調べ手続に付き添うことができる。第104条 a 第 5 項によって、子ども補佐人は、事件の終局的処理との時期的な関係において、手続とその結果について、未成年者とともに最終的な協議をしなければならない。子ども補佐人の選任は、事案の終局的な処理をもって終了する。ただし、事件終結の前に、当該未成年者に関係する他の手続が既に係属している場合に限り、選任は延長される。

4. 未成年者の審問請求権

未成年者は、——たとえ本人が手続能力を有しない場合であっても——非訟事件手続法第105条第1項により、いかなる場合においても直接に審問されなければならない。これは、(欧州人権条約6条の意義において)憲法上保障された法的審問請求権に相当するものであり、手続能力を前提とはしていないのである。ただし、裁判所による未成年者の直接審問の義務には、制限がないわけではない。未成年者が10歳未満である場合、未成年者の成長や健康状態から配慮を要する場合、又は、その他の理由から、未成年者の真摯で、かつ、影響を受けていない意見が期待できない場合には、未成年者の法的審問権の行使を控えることも可能である。裁判所は、この場合について、少年福祉局や少年裁判所支援 (Jugendgerichtshilfe^{訳者注3)}、

訳者注3) Jugendgerichtshilfe = 少年裁判所支援

少年裁判所支援とは、少年裁判所法第47条以下で規定された、裁判所に対する支援である。同法第48条に定める少年裁判所支援 (青少年の人物・生活関係の調査、裁判外の調停や教育等のあっせん・実施、教育・健康上の害悪や危険の除去と遅滞による危険に対す

又は鑑定人の制度を利用することができる。これらの機関は、適切な方法で未成年者の審問を行い、裁判所に対して、その内容と結果を報告しなければならない。

第105条第2項に基づき、審問もしくはそれに伴う手続遅延により未成年者の福祉の危殆化が想定される、又は、未成年者の理解能力に鑑みて、手続対象に関する慎重な意見表明が明らかに期待できない限りにおいて、審問はなされないものとされる（この権限の行使については相互に抵触する基本権の比較衡量という繊細な問題が生じるため、私見では、特段の注意をもって権限行使されるべきであると考え）。

5. 少年福祉局による手続への関与

非訟事件手続法第106条は、配慮や教育又は人的交流権に関する処分もしくはこの諸事務に関する合意の許可の前に少年福祉局を審問することができる旨を定めている。

この関係において（少年法及び家族法上の職務を担当する行政機関としての）少年福祉局の手続法上の地位は、理論上明確ではない。2009年の家族法改正法（*FamRÄG 2009*）までは、少年福祉局を手続に招聘することは義務とされていた。一見すると、非訟事件手続法第2条第1項第4号が「法律の規定に基づいて手続に関係するすべての人及び当局」を当事者としているため、少年福祉局を形式的ないし職務上の当事者としての地位に当たると考えることはできる。非訟事件手続法第106条に基づく少年福祉局の審問請求権については、当然にこのような整理が可能なのだろう。ただし、

↘ 措置、少年事件における弁護活動等）を行う。裁判所や検察官は、青少年の生活関係や心理等の評価にとって必要な調査につき、少年裁判所支援の機関に委嘱することができる。これらの調査事項は配慮権の帰属や交流権等の裁判をする際に重要な要素となる。この支援を行う機関として、ウィーン（連邦州）にウィーン少年裁判所支援があり、必要に際して、少年裁判所支援のための特別な司法機関を設けることができる（同法49条1項）。

私見では、当時において既に行き過ぎた対応だったのではないかと思う。なぜなら、真に職務上の当事者であるならば、——典型的な当事者の権利として——裁判に対して上訴する権限を持っているからである。しかし、これは、そもそもの少年福祉局の手續関与の度合いに該当するものではなく、実質的にも正当化されるものではない。今日における少年福祉局による任意の関与からも、そこまでの権限は認めていないのである。むしろ、配慮及び訪問権手續における少年福祉局の役割は、従前から、異なったものである。私見として、少年福祉局は、情報提供者としての形式的な地位と、(裁判所により招聘される鑑定人に準じて) *鑑定人的な意見表明*を行う、職権上の準鑑定人としての実体的機能とを兼ね備えていると考える。この内容につき専門知識を有する機関を手續に関与させることは、事案に関する基礎的な判断材料を拡充させ、そして深化させる上で適切だと考える。私の印象として、実務上、この機能の有効性は十分に示されていると思う。

6. 手續における代理 (陳述能力)

非訟事件手續と同様に、家族法上のこれらの手續においても、第一審手續では、当事者は弁護士による代理を要しない。第二審である *抗告手續*でも同様である。訴訟手續である民事訴訟とは異なり、家事事件手續では抗告手續においても絶対的代理義務は考慮されない。形式的ではなく、かつ、法的福祉の性格を持った非訟事件手續において、絶対的代理義務は権利保護にとって必要はなく、社会的に擁護できるものでもない。なぜなら、それにより権利を追求する市民にとって手續費用が高額になったところで、それに相当する手續簡略化の効果は生じないのである。

もちろん、当事者がこの手續で代理人をつける場合で、それが申立手續であるときには、非訟事件手續法第 6 条第 1 項により、弁護士のみが代理人となることが出来る (いわゆる相対的弁護士強制)。上告手續、すなわち

最高裁での第三審においては、当事者は、弁護士により代理されなければならない（いわゆる絶対的弁護士強制）。この代理強制は、配慮及び訪問権手続において、手続能力を有する14歳以上の未成年者についても適用される。無報酬で受任する弁護士が誰もいない場合、又は法定代理人が有償委任を拒否する場合には、未成年者の申立てにより、弁護士が付き添う手続扶助が認められる。その際、事前に財産法上の要件を審査する必要はない。この際には、当事者としての権利を自ら擁護したいという判断能力のある未成年者の請求権が考慮されるのである。上告手続が終結した後は、とりわけ、この要件が調査されなければならない、場合によっては後から支払う必要があるかについて最終的に判断する必要がある（非訟104条3項）。未成年者が（民事訴訟法63条の趣旨における）十分な収入を得ている場合、又は、簡単に換価できる財産を有している場合には、一時的に支払いを免除されていた金額について未成年者に後払いを求めることができる。

手続に関係する職務上の当事者は、代理人をつける義務から除外される。職務上の当事者は、弁護士を通じて契約により代理される当事者と同等に扱われるのである（非訟6条3項）。法律は、——上級裁判所長や検察官、財務省官（Finanzprokurator）に加えて——私達が議論している手続との関係においては、*少年福祉局*の担当職員を職務上の当事者として明示している。当該省庁又は機関は、（職務上の）当事者として、又は当事者の代理人として手続に関係するかどうかにかかわらず、代理義務を免れる。

職権で開始される手続では、抗告手続において公証人も相対的代理義務に含まれることとなり、これは絶対的代理義務にある上告手続においても同様である（6条2項の準用）。（保護裁判所の許可手続において、以前から公証人により当事者代理がなされることは、一般的であった。）

7. 配慮及び訪問権手続における特別規定

法律は、これらの手続において、一連の特別規定を定めている。配慮権

手続においては、非訟事件手続法第107条第1項第1号によれば、申立により、理由の記載のない裁判の副本 (Ausfertigung) 又は配慮権委譲の範囲を記載した書面を当事者に発行しなければならない。このような文書は、裁判所の裁判がその内容を具体的に説明せずに配慮権行使に関する父母間の合意を許可するにとどまる場合に、代理関係を明らかとするために必要である。配慮権を委譲された父母の一方には、当然に、いかなる代理関係にあるかを対外的に書面で証明する必要も生じうる。

当事者の求めにより発行される裁判の副本に裁判理由を記入しないのは、そのようにすることで、当事者が自ら評判を落とすような詳細を開示せずとも、決定を例えば学校当局のような第三者に提示しやすくするためであって、これは非訟事件手続法第107条第1項第1文に関する立法理由書 (75頁) において正当化されているものである。紛争状況の沈静化に資する方法であるといえよう (当然のことながら、その際、当事者に送達された裁判原本には、——実定手続法により必要とされる——理由が記載されている)。

家族法上の特殊な手続における *法的配慮の原則 (Rechtsfürsorgeprinzip)* から明らかである、通常の (したがって非訟も含む) 民事手続との基本的な違いは、非訟事件手続法第107条第1項第2号に規定されている。この規定によると、当該未成年者の福祉のために必要ならば、取消後の決定が、取消を求める当事者にとって *不利* になるように変更される可能性もある。*処分権主義* により特徴づけられる全ての上訴手続に適用される——*不利益変更禁止 (Verbots der reformatio in peius)* がこのように意図的に破られていることは、職権によっても開始でき、かつ、その限りにおいて傾向的に職権主義となっている (非訟55条2項2文を参照) 配慮及び養育の調整に関する手続において、それほど驚くべきことではない。結果的に、この特別規定は、——純粋な申立手続としての——訪問調整手続においても、実質的な根拠を有しているといえる。民法第176条の趣旨における事情変更があれば、未成年者の福祉のために必要とされた第一審の処分を、上訴審手続であったとしても、——さらに不服申立てをした者にとって不利益であっ

でも——相当な修正をすることが正当化されるからである（つまり、職権主義のもと配慮権調整手続において言及される法的配慮の原則が、弱められた形ではあるものの——純粋な申立手続としての——訪問権調整手続にも内在していることは、法政策的に異論はない。もしそうでないとすれば、事後的に事情が変更したことが、又は以前の決定の根拠となった事実関係が誤認であったことが判明した場合には、過去の手続における裁判の既判力によって新たな手続開始の可能性が排斥されない限り、新たな手続が開始されなければならないだろう。しかし、この手続遅延は、子の福祉にとって適切ではないだろう）。

同様の理由から、非訟事件手続法第107条第1項第3号に基づき、同法第73条以下による一般規定の趣旨における**変更手続は行われ**ない。同規定で定められている変更の申立ては、争訟手続における無効の訴え（民訴529条）ないし再審の訴え（民訴530条）に準拠して設けられている。この申立は、——他の特別な法的救済がなく——事案の決定について既判力が発生した後に、法治国家的考慮から既判力の打破さえも正当化するような著しく重大な理由が明らかに存在する場合には、当事者に対して認められる。少なくとも未成年者の保護の必要性は他の事件の当事者の保護の必要性より高いにもかかわらず、なぜこのような特別な法的手段が排除されているのだろうか。それは、事件本人である子の福祉を保護することが、この制定法上の特別規定の根底にある考えであるためである。非訟事件手続法第107条第1項第3号に関する立法理由書（75頁）によれば、すなわち、これによって「養育継続性の原則」が考慮されているとされる。「たとえ不十分な事実的根拠に基づいて配慮権の最初の委譲がなされたとしても」、この基本原則は重視すべきであり、「当事者である子の福祉について危険がある場合にのみ、配慮権者の変更は行われるべき」としているのである。なお、民法第176条は、いつでも裁判手続を開始し、相当の要件の下で以前に決められた配慮調整を取り消して、新たな処分を行う可能性を開いている。その際、裁判所は、裁判所による最後の措置以降に生じた新たな派生事実（*nova producta*）に限定されない。言い換えれば、過去の裁判

において——たとえそれが民法第177条に基づくもの、すなわち配慮調整が子どもの父母の離婚を原因とするものであっても——意図的に、又は誤って考慮されなかった、新たに発覚した事情 (*nova reperta*) も斟酌されなければならないのである。この可能性は、期間や特定の取消事由に拘束されず、その上、過失に依拠しないため、いずれにせよ、実体法はこの点で手続法の総則よりも広範な救済手段を与えている。それだけに、過去の裁判時点においてこの新たな事情 (*nova reperta*) を知っていたことで、民法第177条の意味において、異なった裁判が導かれたかもしれない場合には、変更手続による救済は、より広範囲に及んだであろう。しかし、第107条第1項第3文に関する立法理由書(75頁)には、「その間の事実上の配慮関係は一時的ではあっても看過しえない」と記されている。つまり、一時的な養育状況を通じて、民法第177条によれば比較的有利な時点を援用することをもはや認めず、それだけで配慮権の変更を正当化しない、判断の根拠ありとされる可能性がある。——訪問権手続においても、新たな事実や(とりわけ子どもの年齢に応じたニーズの変化による)関係の変化を理由として新たな申立てをすることは可能である。

この手続における他の特徴は、非訟事件手続法第107条第2項により、裁判所が配慮権と人的交流権の行使を暫定的に許可できることである。その際に考慮されなければならないのは、迅速な裁判が求められる特別な事情がある場合における、配慮と養育に関する権限の暫定的な帰属である。訪問権調整手続において、少なくとも親子関係が疎遠となる危険がある場合には、保全処分は適切なものと認められる。判例では、このような「調整措置」は、法律に明記される以前から既に適法なものとして考えられていた。

最後に、配慮権及び人的交流権の行使に関する手続においては、非訟事件手続法第107条第3項の準用により、費用償還が認められないことを言及したい。これは、家族政策上、それとともに社会政策上の両面から、意味のある定めだと思われる。

上訴手続においては、配慮権及び訪問権手続に関して、——非訟事件手続法第107条第1項第2号を除き——特別な点はない。第一審の決定に対して、第45条の準用により抗告が、第二審の決定に対しては第62条により上告が、可能である。この家族法上の手続における上訴は、特別に認められたものではない。それゆえ上告は、ここで、——（民事訴訟法に準じて）非訟事件手続法全般と同様に——「例えば抗告裁判所が最高裁判所の判例と異なるか、そのような判例がないか、統一的でないために、法の統一、法的安定性又は法発展の保護のため重要な意味が認められる、実体法又は手続法の法律問題の解決に、その裁判が左右されること（62条1項）」を前提としている。抗告裁判所がその法律問題に「重要な意味が」ないとして通常の上訴を認めないと言い渡した場合であっても（59条1項2号）、第62条5項によって上訴することができる（非常上訴）。なぜなら、ここでは訴額に関係なく、裁判対象は純粋に財産法上の性質を有するものではないためである。この上訴が認められるかについては、最高裁判所自らが確定的に判断を行う。当該家族構成員にとってこの裁判にどれほど社会的・心理的意義があろうとも、実務においては、第62条1項が要求するように、個人の枠を超えて関連性を持った法律問題はあまりない。

8. 配慮及び人的交流に関する合意と 裁判外紛争解決による対話的和解の促進

法律は、非訟事件手続法第109条により、配慮権及び人的交流権に関する父母の合意に向けて裁判所が協力する旨を規定している。裁判所は、このような合意締結に関する書面（調書）を受領しなければならない。その合意が手続対象を実体的に処理する限りにおいて、手続は当然に終了する。ただし、その合意が許可されるかどうかについては、裁判所自身の責任において決定しなければならない（当然だが、実体法上の要件が存在する場合にのみ、それが可能である）。

父母間の子の法的地位に関わる問題についてはその父母ができる限り合意を形成すべきという法政策的な傾向から、民法第148条第1項第2文は当事者の平和的合意解決が、民法第167条及び第177条はとりわけ配慮に関して父母の合意が、望ましいとしている。子の法的地位に関する合意は、人的交流に関する調整と同様に、父母の無制限な処分権の下に置かれるわけではないため、裁判所による許可が必要である。非訟事件手続法から、この場合に本案に関する決定は必要ではなく、許可を受けた合意により（例えば、離婚の「和解」に基づいて、又は、合意に基づく訪問手続の結果として）当然に強制的に執行が可能である。

このような法政策的背景に鑑みれば、法律が、第7章において、父母の合意が*和解的紛争解決*のメカニズムを通じて促進される可能性を明示的に言及していないのは、注目に値すると思われる。殊に配慮権や訪問権を巡る紛争においてメディエーションがとりわけ効果的であったことを考えれば、なおさら驚くべきことである。結局、立法政策ならびに立法技術的には、これは必要ではなかった。なぜなら、いずれにせよ非訟事件手続法の総則において、手続と並行して代替的な紛争解決に関する裁判外手続を開始する旨の一般規定が設けられているためである。非訟事件手続法第29条第1項に基づき、裁判所は、「とりわけ当事者間の合意調整が適切な機関の支援により得られることが期待できる場合には」*手続を「中止」*できる。ただし、その要件として、「それによって手続がその保護を目的としている当事者又は一般の利益が危険に晒されない」場合に限られる（この中止は最長6か月の期間でのみ命じることができる）。手続が中止している間、裁判所は、急を要する手続行為のみをすることができる（29条2項）。第29条に関する立法理由書（40頁）からは、このテーマに関連して重要な示唆が多く得られる。まず、この規定は、「争訟事件以外の当事者支援に向けた手続（hilfeorientierten Verfahrens）の核心として」考えられている。さらに、「*法的福祉的手続*の特徴はまさに……、権利形成が当事者の将来に対してなされるべき点にあり、当事者の生活範囲は引き続き密接に重な

り合い、お互いに交流していくべきであるために、当事者の一方が手続の勝者となり、他方が敗者とみられるような状況にはできるだけならないようにすべきである。このため、当事者間で合意調整に至る可能性を促進させることが手続法の使命でもある」ということが強調されるのである。そこでは、「相当数の事件において、官庁による標準的な処理ではなく、当事者のもとで未来志向的な関係を築くプロセスをスタートさせることが、心理的及び社会的に望ましい解決法である」という、立法者と実務における法政策的認識が明らかとなる。それゆえ、この合意調整全てにおいて財産法上の諸事務に関する和解調整よりも一歩進んでいるものといえる。手続の中止は、手続の中断ではなく、「他の手段を伴った手続の継続」として理解される。換言すれば、手続は単に、裁判所によって、紛争解決につき適切な位置に一時的に移されるにすぎないのである。

非訟事件手続法第29条は、合意調整の実現のための特定の機関についても、また、メデイエーションについても敢えて言及していない。一義的に、合意に基づく紛争処理の形態が想定されていることに疑いの余地はない。つまり、家事メデイエーションは、——（例えば和解離婚のような）他の事件の範囲と比較しても——特に配慮権や訪問権を巡る事件において、その有効性がより示されてきた。しかし、裁判外紛争調整といった、それに代わるあらゆる可能性をオープンにしておくべきである。このような当事者間の合意は、実務経験によれば、家事相談 (*Familienberatung*) や児童福祉施設 (*Institutionen der Kinderbetreuung*)、又は、いわゆる訪問カフェ (*Besuchscafé*) においても、成立されることもある。また、合意に向けられた手続の将来的な展開を妨げない他の方法の試みも奨励されている。

その際、手続に内在している保護の目的を、忘れてはならない。配慮権と訪問権手続との具体的関係においては、合意解決のチャンスをもたらすために、手続の中止を完全に排除するつもりがないならば、第107条第2項の準用により、仮処分を行うことが必要となりうる。

9. 訪問付添い (Besuchsbegleitung)

非訟事件手続法111条は、裁判所が、未成年者の福祉にとって必要な場合には、人的交流権の行使における支援につき、適切で、かつ、その準備のある者を付き添わせることができる旨を規定している（「訪問付添い：Besuchsbegleitung」）。訪問付添いに関する申立ての中では、それに相応しい者又は機関の名前が挙げられる必要がある。指名された人物又は機関は、手続に関与しなければならない。裁判所は、訪問付添人の職務及び権限について——少なくともその概要は——確定しなければならない。訪問付添人に対する強制措置は認められない。本規定は、旧法に相当するものである。ただし、新たに、裁判所が職権でも訪問への付添いを命じる可能性を認めている（これは、訪問権に関する裁判が**職権**でも実現されるという原則と調和する）。

本規定は、訪問付添いのための機関を創設する義務と結びつくものではない。そうした機関がないならば、当事者は、適切で、かつ、（場合によっては有償で）その準備ができた者又は機関を見つけることとなる。

10. 人的交流権とその行使の拒絶

説得力の少ない「訪問手続における特別な裁判」というタイトルの下で、非訟事件手続法第108条は、親の権利、子の福祉及び関係人の自己決定の領域において、心情的に繊細な問題状況を考慮している。

14歳以上の未成年者、そして、子と同居していない父母の一方もまた、訪問権の**行使**を明示的に**拒絶**することができる。人的交流に対するこの拒絶には、二つの手続上の要件を満たす必要がある。すなわち、一つは、裁判官が交流を巡る法状況を説明し、かつ、父母双方との人的交流の道を開いておくこと、又は、交流を維持することが原則として未成年者の福祉に

資するというを説得しても功を奏しないことである。もう一つは、話し合いによる合意の試みが失敗したことである。この双方が満たされれば、人的交流の調整に関する申立ては、それ以上に内容を審理することなく却下され、人的交流の実現又はその継続は行われぬものとされる。

この基礎となる法政策的理由には、事理弁識能力のある未成年者の意思に反した人的交流が命じられたり、実現されたりすべきではないことが挙げられる（これまで判例は、強制のみを禁じてきた）。未成年者が既に訪問権調整に関する（審理）手続において継続して交流を拒絶していることへの配慮は、不要な手続の実施を回避するのに役立つ。また、紛争手続及びその手続の中で必要とされる心理鑑定と結び付く、各関係人の心情的負担を避けることとなる。一定の年齢制限を設けることは、法的安定性に役立ち、標準的観察にとって相応しい。手続法上、配慮権を有しない父母の一方と14歳以上の未成年者を同等に扱うことは、未成年者だけでなく、父母の一方もまた、今後も面会交流の拒否を正当化する理由を述べる必要がないことに顕れている。

未成年者が接触を拒絶しているかどうかを裁判所が解明する際には、私見によれば、配慮とともに入念な注意のもとで、行われなければならないと考える。未成年者の（信念に対する）外部の影響を子自身の決定的な拒絶意思と判断してはならないからである。

かつて訪問権は配慮権及び配慮義務を有しない父母の一方の**権利**としてのみ一義的に解されていたが、今日では、**当該子どもの権利**としても解されることが増えている（*法律上*、この解釈は将来的に拡充され、強化されるであろう）。それゆえ、訪問調整の申立権は、当然に、——法定代理人による代理によらずとも——14歳以上の未成年者自身にも帰属することになる。もちろん、現在では、養育していない父母の一方の意思に反して人的交流を求めることはできない。しかし、*児童の権利条約*第9条第3項及び第10条第2項は、未成年者の父母双方との人的交流権を強調している。さらに、*欧州人権規約*第8条では、「すべての人」、すなわち、当該未成年者

自身に対しても、家族生活の尊厳を求める基本権を、子を養育していない別居親の一方との関係においても保障している。上述の通り、たとえ裁判所の支援のもとであっても、本人の意思に反して家族間の接触が実行されるべきではない。

11. 配慮権及び訪問権調整の実現

非訟事件手続法第110条は、配慮権及び訪問権の調整の実現について、個別に規定している。同条第1項によれば、この点については、民事執行法に基づく強制執行は適用されない。同条第2項によれば、裁判所は、申立て又は職権により、当該調整を履行しない当事者に履行の遵守を促すために、非訟事件手続法第79条第2項の趣旨における適切な強制方法（勧告、制裁金、拘禁）を命じなければならない。裁判所は、緊急の場合には、直接強制を適切に用いることで、特に子どもの身柄を引き取ることによって、配慮権に関する決定を執行することができる。もっとも、裁判所は、第110条第3項に基づき、職権によって、調整実施を継続することにつき見合わせるができる。ただし、それができるのは、未成年者の福祉が危殆化する場合のみであり、これに該当する期間のみである。これに対して、直接強制を適用して人的交流権の調整を執行することは、考えられない。この目的のための「子どもの引渡し」は、通常、特に子の福祉にとって有害であろう。第110条第2項に関する立法理由書（77頁）は次のように述べている。すなわち、「この侵害行為は、配慮権委譲に関する深刻なケースに対して取られる究極の手段であり、定期的な訪問接触の場合への適用には不適切なものとして、阻止されなければならない」のである。調整への変更についての新たな申立てだけでは執行を妨げず、直ちに執行を中止させるものではない。

当該未成年者の福祉がそれを要請するならば、裁判所は、裁判所による配慮権調整又は裁判所が許可した合意に基づく調整——とりわけ従来の生

活範囲から未成年者が隔離される調整——の実現に際して、少年福祉局又は少年裁判所支援に対し、とりわけ未成年者の一時的な世話をしてもらうよう、支援を求めることができる。直接強制（すなわち、裁判所による調整に逆らう者への物理的効力）は、常にもっぱら裁判所の機関（裁判所の執行官）によって行使される必要がある。この裁判所の機関は、公安当局（たとえば警察や公安警備隊）を動員することが可能である。

12. 配慮権と人的交流権の調整に関する 外国裁判の執行宣言と承認

第8章において、「配慮権及び人的交流権の調整に関する外国裁判の執行宣言」（非訟112条-116条）が定められている。

第112条第1項に基づき、このような外国の法律行為を国内で執行するためには、管轄権を有するオーストリアの裁判所による執行宣言が必要である。裁判上の和解及び執行力ある公正証書は、その際、裁判所による決定と同等に扱われる。執行宣言は、外国の裁判が発令国法により執行可能であり、執行拒絶事由がないことを要件とする。この執行拒絶事由（棄却理由）として、第113条第1項は、次のように規定している。第1号：執行宣言が明らかに子の福祉又はオーストリア法秩序におけるその他の基本的価値に反すること（公序）。第2号：発令国において、申立ての相手方の法的審問が保障されなかったこと。ただし、その相手方が裁判につき明らかに同意している場合を除く。第3号：裁判が、オーストリアにおける執行宣言の要件を満たす、配慮権又は訪問権に関する後のオーストリアの裁判、又は後の外国裁判と抵触すること。第4号：審理機関が、オーストリア法を適用したとすれば、裁判に対する国際裁判管轄を有していないこと。

それにもかかわらず、非訟事件手続法第116条に基づき、国際法が優先的に適用される。普遍的又は局地的国際法、とりわけ国際条約法、すなわ

ち多国間又は二国間の国家間条約によって、又は、EU の法文書に別の規定がある限り、第112条以下の規定は適用されない。

非訟事件手続法第115条は、承認を規定する。配慮権及び人的交流権の調整に関する裁判の承認又は非承認に関する申立てについては、執行宣言に関する規定が類推適用される。その際、このような家族法領域における裁判所の処分は、通常、判決を下すような性質というよりも、むしろ、*権利を形成する*性質を持っているのであって、このような形成的な調整は、強制的な実現を行い、現実化するために必要だと考えるべきである。それゆえ、法律は、ブリュッセル II a 規則を模範として、*独自の承認手続*を当事者に提供している。これは、関係人に対して国内で一般的に拘束力のある裁判を可能とするための、*任意の手続*である。さらに、第112条及び第113条、その他適用される国際法文書によって承認と判断を下すべき要件が存在する限りにおいては、*法律による承認*（「自動」承認）の原則が適用される。それゆえ、その他の裁判所又は行政機関の手続においては、承認（能力）は、基礎的な問題として、すなわち事案ごとに審理される。したがって、オーストリア法は、総体的に、既に2001年親子関係法改正法をもって、ブリュッセル II 規則に適合しているのである。

結語：——私が考えるに——結局のところ、本稿で扱った家族法上の特別手続の調整については、オーストリア法の立法者によって、円満に成し遂げられているといえる。