

講 演

## ドイツの家庭裁判所の手続における メデイエーション的要素

ミヒャエル・ケースター  
岩志 和一郎 訳

- A はじめに
- B 家庭裁判所の手続における裁判官による調整
- C 裁判外の社会法による父母と子に対する相談と支援
- D メデイエーション
- E おわりに

### A はじめに

家庭裁判所の手続の中にメデイエーション的要素が現れ始めたのは、ドイツでは約15年程前からである。それには二重の背景があった。第1の問題は、国の裁判所による紛争解決とは違う選択肢の一般的な探求ということが、いろいろな分野に特徴的に現れてきたことである。同じような考え方は前世紀の70年代にアメリカではじめて出てきたのであり、それゆえ「選択的紛争解決手段 Alternative Dispute Resolution (ADR)」という呼び名が定着してきている。この選択肢の探求は、普遍的な国家的な法化傾向および規制傾向が行き詰まり、次第に生産的に作用しなくなっているという、すべての西洋文明社会に拡がりをもつ認識や、司法の認知手段や形成手段が限定され、まさに家族法上の紛争のような個人にかかわる紛争において、社会的な満足をもたらすことが少ないという認識、また最後に高度に複雑化した社会構造や法の構造に直面して訴訟の洪水が生じ、司法はそれをほとんどコントロールしきれないという認識、に基づいている。

第2の背景は、家族法に固有のものである。国は20世紀の間、とくに第2次

世界大戦の終結以降、家族法上の諸問題に対する高権的な規制の独占を次第に緩めてきた。ドイツ法はドイツ語圏の隣国よりも強力に、家族法の規制対象を、自律的な自らの取決めのため、第一次的に当事者に委ねてきた。たとえば離婚そのもののような、国家による独占に残されたわずかな砦さえも、私事化の波による侵食にさらされている<sup>(1)</sup>。ただし、実体法が自律的合意を第一次的な形成手段として許容する場合には、社会的平和のため、また裁判所の負担の軽減のためにも、当事者の潜在的自律能力を最初から、あるいは裁判手続と併行して喚起し、支援することは当然である<sup>(2)</sup>。

ドイツにおける議論の展開と現状は、おおむね次のように概説することができる。陶醉と理想化によってもたらされた最初の波の中では、とりわけメディアエーションは、硬直した、社会的に非建設的な裁判手続に対する選択肢として提示された。話題となったのは「ソフトな離婚」<sup>(3)</sup>、すなわち自己責任による紛争解決と利益指向の妥協であった。そこから、一方のみが勝利で他方は敗れる司法による「ゼロサムゲーム」とは異なって、もう一人の勝者が生まれる<sup>(4)</sup>。

メディアエーション派からの、このような荒削りで、しばしばいささか素朴な司法の描写は裁判官や弁護士による反論や訂正を呼び起し<sup>(5)</sup>、その間に、生半可な理解の初期のモヤモヤや魔力は、メディアエーションの可能性と限界の冷静な評価へと席を譲った。

その一方で、司法実務も立法も、メディアエーションという概念の中に潜んでいる機会と効果を認め、現行の司法システムにそれを嵌め込もうと試みた。多くの家族法専門の弁護士は自らの多様なサービスの中に家族メディアエーションを取り入れ<sup>(6)</sup>、偏見のない裁判官は家庭裁判所の手続の中にメディアエーション

(1) *Coester-Waltjen*, Recent developments in family procedures, Report for the International Society of Family Law, Brisbane 2000, 参照。

(2) 法と和解との関係については, *Hager*, Konflikt und Konsens (2001) S. 236 f.

(3) *Schulz*, Mediation aus richterlicher Sicht, FamRZ 2000, 860, 861.

(4) *Breidenbach*, Mediation (1995) S. 51, 71 ff.

(5) *Eschweiler*, Mediation aus richterlicher Sicht, FPR 1996, 28, 31; *Bergschneider*, Mediation in Familiensachen, FamRZ 2000, 77; *Spangenberg*, Zwischen Familiengerichtsbarkeit und Mediation vermitteln, FamRZ 2001, 466 f.; Schulz (前掲注 3) 861.

(6) 相対立する利益を代表することの禁止 (§43 a IV BRAO) は, メディアエー

的要素を組み入れた<sup>(7)</sup>。このような傾向は立法者によって支援されている。立法者は、手続法の中に次第に「合意による紛争調整のための窓口」<sup>(8)</sup>を作るようになってきており、また裁判所の手続と裁判外における調停の努力との噛み合わせを創設し<sup>(9)</sup>、さらにとくに児童と少年とに関しては、司法的な介入の試みと並行して、社会法による少年援助のシステムを創設した。この少年援助のシステムは、主として問題家庭への「自助のための援助」を指向するものであり、次第にメディエーション的要素を取り入れるようになってきている<sup>(10)</sup>。このようなことは、たとえば1998年1月21日の欧州評議会の勧告<sup>(11)</sup>や、1996年11月25日の児童の権利の行使に関するヨーロッパ条約13条など、国際的な条約や勧告によって提示されている方向とも合致している。

このような構造にあわせて、私は以下において問題を三つの領域に分けることにしたい。すなわち、家庭裁判所の手続における調停の試み（B）、社会法による平行的な調停ならびに援助の試み（C）、そして最後に司法的な紛争解決に競合するものとしての民間のメディエーション実務（D）である。

## B 家庭裁判所の手続における裁判官による調整

### I 婚姻事件手続

#### 1 夫婦間の紛争

夫婦間の紛争において、家庭裁判所は、夫婦に合意もしくは和解の見込みが

---

シオン活動にはまさに適用されない（*Henssler/Schwackenberg*, *Mediation-kein Fall der Interessenkollision*, *Forum* 1998, 77）。対立する見解として、*Kofler*, *Mediation und Interessenkollision*, *Forum* 1998, 74.

(7) *Eschweiler*（前掲注5）；*Gottwald*, *Modelle der freiwilligen Streitschlichtung unter besonderer Berücksichtigung der Mediation*, *WM* 1998, 1257, 1262 f.

(8) *Gottwald*（前掲注7）1263.

(9) このことは家族法以外についても妥当する。例えば、EGZPO15条a（些細な紛争および隣人紛争）や、InsO305条I項1号（債務者と債権者の裁判外の合意）。

(10) この点については、D II. 1参照。

(11) Recommendation No. R (98) 1, in: Council of Europe (Ed.), *Family Mediation in Europe*, *Proceedings of the 4<sup>th</sup> European Conference on Family Law* (1998) 160-164.

あると信ずるときは、手続を中断し、夫婦に対し裁判所外の婚姻相談機関を指示すべきものとされる。このことは、婚姻共同生活回復の訴えの場合にも、離婚申立の場合にも適用される（ZPO（民事訴訟法）614条1項ないし5項）。この規定は、客観的に別居期間に基づく破綻主義は反婚的であるという批判が寄せられた1977年の離婚法改正に関連して、挿入されたものである<sup>(12)</sup>。しかし実務では、ZPO614条の手続中断は、従的な役割しか果たしていない<sup>(13)</sup>。その点、この手続の中断は、同じ改正によって廃止された義務的な、離婚手続前の「和解の試み」（ZPO608条ないし610条旧規定）と運命をともにしている。この「和解の試み」は、見込みがないことを理由として裁判所によりしばしば免除され、その上永続的な結果をもたらすこともほとんどなかったのである<sup>(14)</sup>。

## 2 婚姻事件における子の問題

裁判所に離婚手続が係属している場合には、申立書面に夫婦間に未成年の子があるか否かを届け出なければならない（ZPO622条2項1号）。この届出があった場合、家庭裁判所は少年局に通知し、それによって少年局は自発的に父母に接近し、彼等に合意による取決めに関する援助を提供することができる（KJHG（少年援助法＝SGB VIII社会法典8編）17条3項）。さらに、家庭裁判所の裁判官もまた、夫婦に対する個人的な意見聴取の枠内で配慮権の問題を扱わなければならない、また裁判官の方から、少年局の相談および援助提供を指示しなければならない（ZPO613条1項2文）。このような規律は二重の目的を有している。離婚の際に親の配慮権を取決めることが強制されず、その取決めが申し立てられない限りは共同配慮が継続することとなって以来、父母はこのような法律の状態、父母の別居が配慮権の行使にもたらす結果（BGB（民法典）1687条）、および配慮権の行使を具体化する方法について、注意を喚起されなくてはならない。さらに、家庭裁判所は意見聴取を通じて、子の保護という理由から職権で介入されなければならないか否かを確認できるものとされて

(12) BT-Drucks. 7/650 S. 197.

(13) Maurer, in: Schwab, Handbuch des Scheidungsrechts (4. Aufl. 2000) Kap. I Rn. 237.

(14) Ehrechtskommission beim Bundesministerium der Justiz, Vorschläge zur Reform des Verfahrensrechts in Ehesachen (1971) S. 60 f.; Proetel, Der Sühneversuch in Ehescheidungsverfahren, Diss. Frankfurt/Main 1969.

いる<sup>(15)</sup>。しかし、それは立法者の甘い期待である。なぜなら、父母が相応の情報<sup>(16)</sup>を自発的に明かすことなどほとんどないであろうからである<sup>(16)</sup>。さらに加えて、父母には裁判所で配慮権の議論をしなければならない法的な義務はまったくないのである<sup>(17)</sup>。

### 3 離婚効果事件

婚姻解消の効果に関しては、法律は、明確な法的基準がなく、司法的な紛争判断の代わりに、むしろ「ソーシャル・エンジニアリング」が持ち出される場合について、第一次的に合意に基づく取決めに委ねている。親子関係以外の問題について、このことは、たとえば住居や家具の分配等に関して問題となる。この場合、裁判官は当事者との口頭での話し合いの中で、穏やかな合意と相対的な取決めを得るように努めなければならない（婚姻住居および家具の取扱いに関する命令13条2項、3項）。

## II 子に関する手続

親子関係の問題、すなわち配慮あるいは交流の問題に関する限り、立法者は1998年の親子関係法改正法によって裁判所の手続の中のメディエーション的要素を根本的に拡充した。その背景には、配慮権の問題において父母の私的自治によって処理できる領域が非常に拡大したという事情だけでなく、家族の領域における司法による紛争解決は、その本来の目的、すなわち子の保護を達成するためにはあまりふさわしくないという経験があった。すなわち、父母の紛争を効果的に沈静することは、とくに変更手続や執行手続が数多くとられていることが示すように、成功しないことが多い。子自身はこれらの手続によって著しく負担を負わされ、父母の争いの中でおそらく父母のいずれかの側から道具として利用されるのであり、裁判官の決定はそのような子の状況を持続的に改

(15) *Musielak/Borth*, ZPO (1999) §613 Rn. 10; *Baumbach/Albers*, ZPO (60. Aufl. 2002) §613 Rn. 3; *MünchKomm-ZPO/Bernreuther*, §613 Rn. 15.

(16) この点の問題については、*Zur Problematik vgl. Staudinger/Coester*, BGB (13. Bearb. 2000) §1671 Rn. 282 m. w. N.; *Bergmann/Gutdeutsch*, *Zur Anordnung der Kindesanhörung im Scheidungsverfahren ohne Sorgerechtsantrag*, FamRZ 1999, 422 ff.; *Lossen*, *Kindeswohl und Verbundverfahren im KindRG*, FuR 1997, 100, 102. 参照。

(17) 詳細には、*Wiesner*, *Die Reform des Kindschaftsrechts-Auswirkungen auf die Praxis der Kinder- und Jugendhilfe*, ZfJ 1998, 269, 271 f. 参照。

善することができない。最後に、手続の著しい増加だけでなく、精神医の鑑定による費用も理由として挙げられた<sup>(18)</sup>。1998年の改正に先行して政府によって促進された数多くの試験的プロジェクトの中で、配慮と交流の領域においては、裁判官によって支援される調停の試みが比較的良好な成功の見込みを有するということが、経験的に裏付けられた。合意の割合も、当事者の主観的な満足度も、明らかに従来の結果を上回っていた<sup>(19)</sup>。費用の比較はなお明確ではないと思われるにしても<sup>(20)</sup>、この研究結果は立法者にとって、家庭裁判手続法の中に自己責任による父母間の紛争解決の促進を目指した試みを取り入れる十分な理由となった<sup>(21)</sup>。

### 1 配慮もしくは交流事件 (FGG (非訟事件手続法) 52条)

子の身上に関するあらゆる手続において、裁判所は FGG52条 1 項 1 文により、「できるだけ早期に、かつ手続のいかなる状態においても」当事者の合意を得るよう尽くすものとされている。それに加えて、裁判所は当事者の意見を聴取し、少年援助の相談サービスや援助サービスがあることを指示するものとされている (FGG52条 1 項 1 文)<sup>(22)</sup>。父母がこれらの援助を受けることを希望し、あるいはさらに合意による取決めの見込みがあるときには、裁判所の手続

(18) 全体について、BT-Drucks. 13/4899 S. 133. 参照。

(19) 成功率は70ないし75%、満足率は80ないし90%、BT-Drucks. 13/4899 S. 51, 75. 参照。さらに、*Proksch*, Kooperative Vermittlung (Mediation) in Familiensachen (1998) (Modell Jena); *ders.*, Praxiserprobung von Vermittlung (Mediation) in streitigen Familiensachen (1998) (Modell Erlangen); *Lossen/Vergo*, Familienberatung bei Trennung und Scheidung am Amtsgericht, FamRZ 1998, 1218 ff. (Regensburger Modell, siehe auch FamRZ 1993, 768 und FamRZ 1995, 781); *Glenewinkel*, Mediation als aussergerichtliches Konfliktlösungsmo-  
dell (1999) 357 ff. 参照。

(20) メディエーションモデルに積極的なものとして、*Lossen/Vergo* (後掲注 26) 1221. 批判的なものとして、*Bergschneider* (前掲注 5) 79. および *Schulz* (前掲注 3) 861. やはり、抑制的なものとして、*Kilian*, Fiskalische Interessen und obligatorische Mediation, FamRZ 2000, 1006, 1008 (イングラントおよびウエールズにおける経験の報告)。

(21) Vgl. *Staudinger/Coester* (前掲注16) §1671 Rn. 18, 19.

(22) その他の民間の相談の担体は同法によって規定されていないが、事案に応じて当然に許容されることについて、*Rauscher*, Das Umgangsrecht im KinderRG, FamRZ 1998, 329, 340. 参照。

は中断されることができ（FGG52条2項）。この期間内に子の福祉を確保するため、家庭裁判所は仮処分を命令を下すことができる（FGG52条3項）。FGG52条の調停手続は無料である<sup>(23)</sup>。

FGG52条は当為規定（Sollen規定）ではあるが、親の責任に対する国の責任の補充性から、相応の調停の試みに関する家庭裁判所の義務が生ずるのである。ただし、調停の試みが明らかに成功の見込みを欠き、あるいは子の福祉に反するときはこのかぎりではない<sup>(24)</sup>。

FGG52条にいう「当事者」は確かに父母のみを指すが、FGG50条bによれば子も個人的に意見聴取され、当事者に含められる<sup>(25)</sup>。この場合、裁判所は、当事者に含めることに意義があると思われる年齢の制限を、かなり早期の年齢段階（例えば3才以上）に設定している<sup>(26)</sup>。調停手続のためにFGG50条1項の子の利益の特別の代理人を選任することができるかどうかは不明確である。このような「子どもの弁護士」<sup>(27)</sup>が原則として調停的な役割を有することを考慮すれば、この問題は肯定されるべきであろう。

FGG52条の家庭裁判所の調停の試みは、配慮あるいは交流の手続の係属を前提としている。裁判所に係属する前の調停や合意援助は、確かに少年局の相談機関によって提供されており、またさらに親の責任からはそのような合意の試みを受け入れる義務が生じよう<sup>(28)</sup>。しかし、裁判所の手続においては対立が硬化し、そのために穏やかな合意が成功しないことが多いにもかかわらず、立法者はこの点について、できることなら裁判所を利用する前の手続設定として、正式の義務を父母に課すことをしなかった<sup>(29)</sup>。FGG52条の家庭裁判所の調停の試みが、配慮あるいは交流に関する父母の合意の顕著な増加をもたらした

(23) より詳細には、*Staudinger/Coester*（前掲注16）§1671 Rn. 271-279. 参照。

(24) OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 627, 628; *Maurer*（前掲注13）Kap. I Rn. 476.

(25) *Maurer*（前掲注13）Kap. I Rn. 90; *Staudinger/Coester*（前掲注16）§1671 Rn. 275.

(26) *Staudinger/Coester*（前掲注16）§1671 Rn. 282, 283.

(27) *Salgo, Der Anwalt des Kindes* (1996) 564 f.

(28) OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 627, 628; *Staudinger/Coester*（前掲注16）§1671 Rn. 279.

(29) BT-Drucks. 13/4899 S. 77. 批判として、*Büttner, Änderungen im Familienverfahrensrecht durch das KindRG, FamRZ* 1998, 585, 589. またほぼ同様の見解として、*N. Schulze, Das Umgangsrecht* (2001) 256（イギリス法を参考として）。

ているかどうかについては、現在のところなお、実験報告が存在しない。

## 2 裁判所による交流の取決め後の交流の紛争 (FGG52条 a)

普段子と生活を共にしていない父母の一方と子との交流は、不和となった夫婦がしばしば子に最悪の影響を与えながら、彼等の未解決の紛争を延々と続行し得る最後の競技場である。このような経験から、1998年改正の立法者は、父母の間に<sup>(30)</sup>すでに裁判所による取決めがなされているが、父母のいずれかの側によってこれが挫折させられている交流の紛争のために、裁判所による取決め<sup>(31)</sup>の強行的な実行の前に、最終的な調停の試みを挿入した。FGG52条 a である<sup>(31)</sup>。正式の、裁判官によって主導される手続であり、その中では、確かになお穏やかな合意を得ようと努力がなされはするが、状況により父母に何らかの圧力も加えられる<sup>(32)</sup>。

すでに述べたように、この手続の前提要件は、すでに裁判所による交流の取決め (BGB1684条 3 項, 4 項) がなされていなければならないということである。その手続の前にすでに少年局による相談や調停 (SGB VIII18条) がなされているかどうかは重要ではない<sup>(33)</sup>。調停手続がより早い段階、すなわち第一次的手続の中に設定されていないということは批判されている<sup>(34)</sup>。もちろん、父母は民間の、裁判外の少年援助の相談や援助の提供を常に自由に使えること<sup>(35)</sup>、さらに交流の取決めのための第一次的手続の中には FGG52条の一般的な調停の試みが嵌め込まれているということは考慮されなければならない

(30) 父母以外の子の関係者との交流の紛争 (BGB1685条) では考えられていない。N. Schulze (前掲注29) 255.

(31) N. Schulze (Fn. 29) 254; Rauscher (前掲注22) 341; Mähler/Mähler, Mediation und Kindschaftsrechtspraxis, KindPrax 1998, 18, 20. Kopper-Reifenberg, Kindschaftsrechtsreform und Schutz des Familienlebens nach Art. 8 EMRK (2001) 559 ff.によれば、FGG52条 a は国際的水準を充たしていない。しかし、この批判は十分に立証されているとはいえない。

(32) 手続きの表面上の仰々しさに対する批判は (Büttner (前掲注. 29) 590; Staudinger/Peschel-Gutzeit, BGB (13. Bearb. 2002) vor §§1626 ff. Rn. 75), 私には当を得ているように思われる。形式の尊重は、当事者に事の重大さを認識させる。

(33) OLG Hamm FamRZ 1998, 1303.

(34) N. Schulze (前掲注29) 256; Büttner (前掲注29) 590; Staudinger/Peschel-Gutzeit (前掲注32) Rn. 75.

(35) BT-Drucks. 13/4899 S. 133 ff.

(上述1参照)。その他、手続の要件は、少なくとも父母の一方から申立があることであり、この申立はある程度、一般に合意の見込みがあるということの徴表として働く。

調停期間内に合意が成立した場合には、その合意は裁判所によって記録され、その時から従来の裁判所による交流の取決めは排除される (FGG52条 a 4 項 3 文)。父母の合意を記録することは實際上、国家の同意を付与することであるので、裁判官はその前に父母の合意が子の福祉に反しないことを確かめなければならない<sup>(36)</sup>。

合意が成立しない場合（例えば、父母の一方が期日に現れないといった理由でも）には、そのことは公式に確認される。家庭裁判所は、交流や配慮の範囲で今やいかなる処置や処分がなされなければならないかを直接に審理し、場合によってそれに応じた決定をし、あるいは相応の手続を開始する (FGG52条 a 5 項)。それによって、調停手続が必要な処置の遅延をもたらさないことが確保されることとなる<sup>(37)</sup>。当事者は期日への召喚状の中で、その点まですでにあらかじめ警告されていたのである。

FGG52条 a の調停手続の実効性については、いまだに実務のほうからは実験報告がなされていない。交流の問題においては手続が始まる前に常に父母の硬化した対決が存在するという事実を鑑みれば、おそらく成功率はそれほど高いとはいえないであろう。しかし、補充性の原則に照らせば、また最終的には子の利益のためにも、父母の第一次的な責任に訴える国の正式な試みが重要なのである。

## C 裁判外の社会法による父母と子に対する相談と支援

### I 背景と法の発展

合意による、自律的な解決を実現する際の紛争当事者に対する援助は、そのような援助の糸口を裁判所の手続の間において、また裁判所の手続の中に統合して活用せしめようとする正式な試み（上述 B 参照）は別として、その特質上、法的手続とは別のもの (aliud) である。夫婦間の紛争においては、国は

(36) さらに、FGG50条 a ないし c に従い、すべての規定された意見聴取も行われなければならない。Maurer (前掲注13) Kap. I Rn. 508.

(37) Rauscher (Fn. 22) 341.

当事者に社会的な援助の提供があることを指示し、争訟となった場合についてだけしか司法的な解決方法を当てたがらない。未成年の子が関わる限りにおいて、国にはこのような距離を置いた態度は許されない。パレンス・パトリエとして、国にも、たとえ二次的に過ぎないとしても、子の福祉のための内容的な責任が帰属する。連邦憲法裁判所が、別居や離婚の状態にある場合においても父母には優先的な取決め責任があることを明確にし<sup>(38)</sup>、また、経験的な研究から、父母の別居後の子の福祉の中心的な基準は父母の双方との活発な関係の維持と、父母の争いの沈静である<sup>(39)</sup>ということが明らかとなって以来、国は父母の自律の効果的な実現のための枠組みと積極的な援助を準備することを喚起された。その任務は、適切にも社会法的なものと理解され、1991年の少年援助法 (KJHG=社会法典第 8 編) の中に移動された。この法律では、危機にある家庭への相談と援助の試みがはじめて開発され、同時に裁判所と少年援助官庁との協力が規定された<sup>(40)</sup>。この官庁、すなわち少年局とならんで、この法律は、家庭問題について相談や援助を提供している社会団体や教会団体をも少年援助の体勢の中に取り込んでいる。このいわゆる「民間の少年援助の担体」は、一定の要件を備えることで正式に認可され、認可された場合には、国による助成に関しても、広く少年局と同等の立場に立つ (SGB VIII 75 条)<sup>(41)</sup>。

90年代は少年援助機関にとって波乱に富み、かつ挑発的な時期であった。内容的には、新しい相談およびメディエーションの任務に順応するとともに、その資格を得なければならず、組織的には、法律によって割り当てられた、独立した社会療法のサービス実施者としての役割と、裁判手続における司法の補助機関の役割という二重の役割を果たさなければならなかったのである<sup>(42)</sup>。し

(38) FamRZ 1982, 1169 ff.

(39) とくに、Wallerstein/Kelly, *Surviving the Break-up* (1980); Wallerstein/Blakeslee, *Winner und Verlierer* (1989); Wallerstein/Lewis/Blakeslee, *The Unexpected Legacy of Divorce* (2000); Kaltenborn, *Die personalen Beziehungen des Scheidungskindes als sorgerechtsrelevantes Entscheidungskriterium*, FamRZ 1987, 990 ff. 参照。

(40) 詳細には、Coester, *Die Bedeutung des Kinder- und Jugendhilfegesetzes (KJHG) für das Familienrecht*, FamRZ 1991, 253 ff.; ders., *Sorgerecht bei Elternscheidung und KJHG*, FamRZ 1992, 617 ff.; Staudinger/Coester (Fn. 16) §1671 Rn. 18. 参照。

(41) SGB VIII 75 条 3 項によれば、教会の、また大規模な援助組織は、同法により、「民間の少年援助の担体」と認められる

(42) この点については、さらに、II. 3 参照。

かし、全体的には、国の補助的ならびに調停的な介入は実績を挙げ、また司法的な介入の試みの欠くべからざる補充となった。別居および離婚の場合における配慮権と交流の問題が1998年の改正によって広範に父母の自律的取決めに委ねられてからは、社会法による支援はさらに重要性を増すに至っている。立法者はこのことを認識しており、1998年の改正により、家族構成員にさらに家庭の問題に関する相談と支援を求める請求権を認めた（SGB VIII17条、18条、28条）<sup>(43)</sup>。

もちろん提供される援助を利用するかどうかは、なお父母の自由に委ねられる。裁判所への接近は、父母が少年援助の調停の提供を受け入れたかどうかとはまったく関係がない。これに対して、家庭裁判所は、相当性の原則に照らし、いかなる場合においても裁判所の決定の前に社会法による相談および援助の可能性を探り、当事者による自主的な取決めに得るように努める義務を負うと考えられる。それが行われなるときは、その家庭裁判所の決定は、手続上の過誤を理由として、上級審において廃棄される可能性がある<sup>(44)</sup>。

## II 個々の重要な援助の試み

### 1 援助の基本的方向

少年援助のメディエーション的試みは、二つの異なった基本状況に適用される。

現存の家庭共同体における問題や危険に関しては、父母と子の有益な相互関係を再び創設し、また守るために、援助と相談が提供される（SGB VIII17条1項1号、2号）。

家庭共同体が崩壊している場合には、社会法による介入は、再編成のための援助を目的とする。再編成のための援助とは、新しい家族構成の獲得であり、その中において夫婦の別居と継続する父母の共同責任について相互的な合意がなされる（SGB VIII17条1項3号、2項、18条3項128条）。当然、これらの交渉や調停は現行法を背景として行われるのであり、父母はまず現行法について情報を与えられるべきである<sup>(45)</sup>。

### 2 再編成のための援助

(43) *Wiesner*（前掲注17）271. 参照。

(44) OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 627, 628.

(45) 少年援助のワーカーによる法的相談については、D. II参照。

## a) 父母の別居の際の親子関係の包括的な再編成

別居状態の場合については、形態に次の二つの基本形が存在する。

(1) 父母の別居や離婚は彼らの共同配慮権に法律上影響を及ぼさないため、父母は共同の法的な配慮責任を存続させ、それを前提として、彼らの実際的な関係を合意によって整えることができる。すなわち、子の通常の居所、父母の他方への訪問、教育の問題の決定、取決めが扶養法上の問題へ与える影響といった事柄を整えることができるのである。

(2) デザインの第2の基本形にあつては、父母は配慮の権限の法的な変更を目的とする。例えば、父母の一方の単独配慮とか、父母の一方あるいは他方の配慮権限の事物に応じた分配などを目的とするのである。そのような変更は家庭裁判所によってしか命じられることができないが、家庭裁判所はいうまでもなく合意による父母の提案に拘束されるのである (BGB 1671 条 1 項, 2 項)。このようなケースにおける少年援助の調停の試みは、一貫して、父母の内部的な合意を目指すのみならず、家庭裁判所に対する共同の申立の実現をも目指すものである (KJHG17 条 2 項 3 号 3 段)。

## b) 交流の問題

社会法による支援においても、交流の問題は特有の法律的な規制を経験してきた。子が父母との交流について固有の請求権 (BGB1684 条 1 項 1 段) を有するようになって以来、少年援助法上も、子には交流の実現に関する支援請求権が認められてきた (SGB VIII18 条 3 項 1 文, 2 文)。さらに、父母およびその他の交流権者 (BGB1685 条) も、相談と支援の請求権を有している (SGB VIII18 条 3 項)。すべての場合において、少年援助は、合意による取決めを得たり、交流接触の設定と実施に関して世話したり、またとくに子の送迎や第三者の立会いの下における交流の場合に具体的に支援したりする仕事を任されている (SGB VIII18 条 3 項 4 文)<sup>(46)</sup>。その限りにおいて、少年局と裁判所の調停の試みは、FGG52 条と 52 条 a により<sup>(47)</sup>、相互になめらかに噛み合っている。すなわち、少年局は裁判所によって調停の試みを求められるが、同時に独立して父母 (および子) と一緒に努力をするのであり、また少年局の調停結果や援助の提

(46) 同席交流 (begleiteten Umgang) については、BGB1684 条 IV 項 3 文, 4 文参照。また、*Staudinger/Rauscher*, BGB (13. Bearb. 2000) 1684 Rn. 307 ff.; *Lohrenz*, Aufgaben des Jugendamtes bei Elterntrennung nach der Kindschaffsrechtsreform, *KindPrax* 2001, 43, 45.

(47) この点については、上述 B. II 参照。

供は、BGB1684条3項および4項に従って裁判官による交流の取決めが必要とされる限りにおいて、それに影響を及ぼすのである。

### 3 少年局における機能の衝突

しかし、すでに述べたように、KJHG（少年援助法）は、少年局に、二重の役割を割り当てた。すなわち、一方において、少年局は家庭との直接的な接触の中で相談と支援を果たすべきものであり、それは信頼関係と秘密保持の構築を前提としている。他方において、少年局は家庭裁判所の補助機関としての伝統的な機能を有している（SGB VIII50条）。その限りにおいて、少年局は裁判所に対して社会的現実や家庭内の葛藤の専門的な評価について報告しなくてはならない。またその家庭に対してそれまで申し出られたり、提供されたりした援助サービスも公にしなければならない（SGB VIII50条2項）。

これら少年局の二つの機能が相互に一致しがたいことは明らかである。すなわち、少年局は支援者として、また友人として家庭に援助を申し出るが、同時に国の介入の潜在的な補助機関でもある。そのことによって、少年局の信頼の獲得とメディエーターとして働き得る機会とが失われる。なぜなら家庭は少年局の二重の機能を当然知っているからである。法律は、特別のデータ保護規定を置くことによってこれに対応しようと試みた。すなわち、援助給付者およびメディエーターとしての少年局に委ねられた情報は、原則として当事者の承諾がある場合にしか裁判所に渡されてはならないとされたのである（SGB65条）。いかなる不信をも除去するために、少年局は、すでに組織上、機能を明確に分離するよう配慮してきた。すなわち、家庭の支援者と、裁判所の補助者は、そのつど別の人物である<sup>(48)</sup>。

## D メディエーション

以上、ドイツの家庭裁判手続法および社会法における調停の試みに関して概観してきたが、ここで私は、本来のメディエーションについて、より詳細に、とはいっても必然的に要領よく、見ておきたいと思う。私はこれまで意識的に

(48) Coester (前掲注39) FamRZ 1992, 617, 623; Menne, Zwischen Beratung und Gericht, ZfJ 1992, 66 ff.; Riehle, Scheidungs- und Trennungsberatung und Mediation am Jugendamt, KindPrax 2000., 83, 84; Lohrenz (Fn. 46) 46 f. 参照。

曖昧な表現をとり、その中では、調停、相談、援助そしてメディエーションという言葉が広く相互交換的に用いられていた。しかし、周知のごとく、特有のメディエーションの技術および手続が形成されてきており、その技術や手続は、とくに司法手続はもちろん、その他の社会的な援助の試みとも別異であり、独自であることを必要としている。以下において、私はメディエーションの技術と手続において何が問題なのかについて簡潔に述べるつもりである。そのうえで続けて、ドイツの視点からの経験と限界、そして若干の重要な問題点について論じたいと思う

## I 概 念

まずは、概念についてである<sup>(49)</sup>。メディエーションは、メディエーションのために特別に教育を受けた<sup>(50)</sup>、中立的な、あるいは全当事者の側に立つ第三者によって支援される、当事者による紛争の自律的な解決として理解されている<sup>(51)</sup>。メディエーションの手続は明確に組み立てられており、最初の「ルール」の明確化をはかる段階から、結論の文書化の段階まで、5つの段階に区分される<sup>(52)</sup>。第三者は決定権を持たず、また理想をいえば、正しい事物の解決に関する意見を持たない（手続の「結論の開放性」）<sup>(53)</sup>。その第三者の任務

(49) *Breidenbach* (前掲注4) 59 ff., 139 ff.; *Hager* (前掲注2) 75 ff.; *Glenewinkel* (前掲注18) 34 ff.; *Möhler/Mähler*, *Zur Geburt einer neuen Streitkultur bei Trennung und Scheidung*, in: *Duss-von Werdt/Mähler/Mähler* (Hg.), *Mediation: Die andere Scheidung* (1975) 13 ff. 参照。

(50) BAFM (家族メディエーションに関する連邦研究チーム *Bundesarbeitsgemeinschaft für Familienmediation*) の指針, FPR 1996, 40; *KindPrax* 1998, 94; 別居および離婚の問題に関する家族メディエーターの養成に関するヨーロッパ憲章 (*Europäische Charta zur Ausbildung von Familienmediatoren im Bereich von Trennung und Scheidung* (Paris 1992)), *Glenewinkel* (前掲注19) 450 ff. 参照。

(51) *Haft*, *Verhandlung und Mediation* (2. Aufl. 2000) 253は、「第三者によって支援される手続にはかならない」と述べる。

(52) BAFM の指針参照。また簡潔かつ簡明な論述として, *Motz*, *Mediation-Vermittlung-als Alternative zum gerichtlichen Verfahren-dargestellt an Hand der Familienmediation*, *FamRZ* 2000, 857, 858 f.; *Haft* (前掲注51) 245 ff.

(53) *Riehle* (前掲注48) 85は、メディエーターは「手続の専門家ではあるが、解決内容の展開についての専門家ではない」と述べる。

は両当事者の自己決定能力を目覚めさせ、増進させることであり、その成功は、当事者の合意に基づく紛争の解決そのものである。さらに手続の任意性と秘密性はメディエーションの基本原則であり、(法的)地位や要求に固執する代わりに、当事者の一方および他方の客観的必要や客観的利益を冷静に考えることはメディエーションの技術である。このようなことは、共通の利益を発掘し、さらに、いま一度理想をいえば、当事者双方が勝利者となる解決の発見を可能にする<sup>(54)</sup>。そのように理解されるメディエーションは、裁判官や仲裁裁判官の仕事とは明らかに異なるものであり、弁護士による一方当事者の側に立った利益主張とははっきりとしたコントラストをなすものであり、さらに精神社会学を職とする者による治療をもって代えることのできないものである<sup>(55)</sup>。ADR(選択的紛争解決手段)のシステムの中において、メディエーションは、仲裁と話し合い(ネゴシエーション)の間にある第三の、中間的な柱である。メディエーションは、古い、前近代的な社会に親しむ紛争解決モデルを<sup>(56)</sup>、その基礎に置いているが、その英知は現代社会にとっても再発見されるべきものである。この紛争解決モデルの能力は、とくに人が紛争の終結後においても相互に親密に付き合っていかななくてはならないところで発揮される<sup>(57)</sup>。メディエーションが、とくに隣人法や労働法、環境法、さらにはまさに家族法において特別の意義を得ているのは偶然ではないのである。

## II 裁判官または少年局によるメディエーション

上に述べた定義に従えば、「メディエーション」は、特別に教育を受けた中立な専門家、すなわち「メディエーター」によって実施される独自の社会的なサ

(54) オレンジとかりんご、あるいはより拡大されたケーキといった、ありきたりの隠喩をここで繰り返す必要はないであろう。

(55) *Motz* (前掲注52) 857; *Mähler/Mähler*, *Zur Institutionalisierung von Mediation*, in: *Duss-von Werdt* (前掲注49) 43 f. 治療は主に人間の内在的な葛藤に向けられたものであり、メディエーションは人間間の葛藤に向けられたものである。

(56) *Hager* (前掲注2) 3-14; *Breidenbach* (前掲注4) 7 ff.; *Helm/Rüssel*, *Institutionen im Bereich der Mediation in Deutschland*, NJW 2001, 347; *Wesel*, *Streitschlichtung im Schatten des Leviathan*, NJW 2002, 415; vgl. *Schwartz*, *Laymen cannot Lawyer, but is Mediation a Practice of Law?* *Cardozo Law Review* 1999, 1715.

(57) *Gottwald* (前掲注7) 1260; *Helm/Rüssel* (前掲注56) 349.

一ビスである。しかし、ドイツでは、メディエーションはすでに別の役割で家庭の紛争に関与している者、とくに少年局のワーカーや家族法専門家によって行われることができないかということが論議されている。独立職のメディエーターがその活動についての独占を要求しているのに対し、多くの少年局のワーカーや裁判官は、彼等も自分たちの法律上の役割の枠内でメディエーションあるいはメディエーション的手続を用いることができたし、あるいはそれどころか、すでに長期にわたって用いてきたと主張している<sup>(58)</sup>。

ここでこの議論の全部を取り上げることはできないので、私としては、少年局の活動や裁判官の活動をメディエーションと単純に同一視することの障害となる若干の問題点のみを指摘しておきたい<sup>(59)</sup>。

少年局は離婚の紛争について包括的に援助するのではなく、子の利益のための調整をなすに過ぎない。その限りでは、あえて言えば少年局は「中立」なのではなく、子の利益の増進のために義務を負っている。それゆえに、少年局は合意しようという気がなく、それゆえに基本的に「メディエーション可能」でない父母にも、労力をつぎ込まなくてはならない。最後に、少年局は、子がメディエーションの前提要件である取決め能力を有していない場合でも、子を相談に取り込まなければならぬのである（SGB VIII 8 条 1 項、17 条 2 項）。

家庭裁判所の裁判官は、時間も、メディエーターの手続的自由も有していない。裁判官が当事者の話し合いによる合意を得ようとする限りにおいてさえ、裁判官の、少なくとも潜在的な権力的な地位は、メディエーションの理念、とくに任意性の原則と馴染みがたい。

要約すれば、少年局や裁判所による調停の試みについては、それは確かに独自の専門領域としてのメディエーションの概念を完全に充たすものではないが、目的と方向からすれば、部分的に同一の方向を目指すものであるということが出来る。実際、裁判手続や社会法上の手続には、メディエーション的要素がますます添加されている。なぜなら、メディエーションは、それだけを純粹培養的に推し進めることができたり、まったく進めることができなかつたりするものではないからである。加えて、経験上、メディエーションの原理はその対象や背景に応じてバリエーションを許容するものでなければならぬことは明らかである。だからこそ、家庭の問題に関するメディエーションについて

(58) OLG Zweibrücken FamRZ 2000, 627, 628.

(59) より詳細には、Die gütliche Einigung und Mediation in familienrechtlichen Konflikten, KindPrax 2003, 79 ff. 参照。

は、メディエーターの中立性は子の利益のためにすでに相対化されたのであり<sup>(60)</sup>、また試験的な試みとして裁判所が導入したメディエーションのモデルからは、当事者を参加させるためには、ある程度の権威的な圧力が極めて有効であるということが明らかになったのである。すなわち、圧力によってそれがなければ参加しなかった一群の人々が参加したのであり、多くの関係者がその圧力を、後になってから、有益かつ望ましかったと感じたのである<sup>(61)</sup>。

### III 家庭の問題に対する民間のメディエーション

ドイツにおいて、メディエーションは、1992年頃から民間のサービス提供として定着してきた。環境法や行政法、あるいは労働法といった領域と並び、家庭の問題に対するメディエーションは、最も広く発展した部門として挙げることができる。家庭の問題に関するメディエーションは、BAFM（家族メディエーションに関する連邦研究部会 *Bundesarbeitsgemeinschaft für Familienmediation*）という一つの職能組織を形成している。BAFMは、職務基準、手続原則、さらに資格基準ならびに教育課程を定めている<sup>(62)</sup>。民間のメディエーションの実施に関しては、さまざまなモデルがある。弁護士がメディエーターなることはできるが、弁護士でなければならないということはない。メディエーション運動は最初社会科学の分野から強く宣伝されたが、ドイツでは次第に弁護士もこの新しい活動領域に携わるようになり、彼等はメディエーションも当事者の利益主張のための多様な選択肢として提示している<sup>(63)</sup>。両方の役割を組み合わせることは職務法上許されていない。メディエーターが弁護士でない場合には、紛争当事者は追加的に自らの弁護士の利益主張者を持つことができる。いわゆる「外務代理人 *Aussenanwalt*」であり、彼等はメディエーターにより、手続の間あるいは結論の審査のためにともに意見を求められることができる<sup>(64)</sup>。法律的能力と社会科学的能力とを相互に結びつけるために、

(60) 前掲注51および52参照。

(61) 「レーゲンスブルグ・モデル」について、*Lossen/Vergho*（前掲注19）1219参照。メディエーターの「やんわりとした」影響については、*Breidenbach*（前掲注4）158 ff. 参照。

(62) 前掲注50参照。さらに、最も重要な施設と養成過程について触れるものとして、*Helm/Rüssel*（前掲注56）参照。諸外国における家族メディエーターの普及については、*Meulders-Klein, Familles & Justice*（Brüssel 1997）S. 433 ff.（Canada, USA, Australien）所収の国別報告書を参照。

(63) 前掲注6参照。

弁護士と弁護士でない者が共同メディエーターとして共同で手続を進めることもできる<sup>(65)</sup>。家庭裁判所の裁判官が法律に基づいて当事者に「裁判所外における相談の機会」を提示しなければならない場合には、その中には、民間の、通常は有料で提供されるメディエーションも含まれる。このような方法によって得られた結論はまた、自律的な当事者の合意として、裁判手続の中において一定の役割を果たすこともありうるし、その役割に使わないこともできる。すでに述べたように、連邦政府による支援を受けて、ドイツでは、裁判に近いメディエーションのモデルを試す複数の試験的な試みが実施されてきた<sup>(66)</sup>。「裁判に近い」とは、場所的な近さだけでなく、一定の手続に適ったネット作りや、家庭裁判所の裁判官とメディエーターの間の、個々のケースに関してではなく、両者の視点からの経験と問題点に関する、制度化されたコミュニケーションをも意味している。これらの試みのうち、一部はすでに国の長期助成事業に移されている<sup>(67)</sup>。そのことは、これらのモデルの範囲の中にある別居および離婚のメディエーションは、相対的には費用のかさむ、独立職であるメディエーターのもとで執り行うことができるのみならず、国の社会サービスの一形態として広く、無料で執り行うこともできるということを意味している。

## E おわりに

私たちの考察の要約的なまとめとして断言できるのは、古い法の官僚国家的な規制の試みに比して、ドイツ法においては当事者自身による自律的な紛争解決のために多くのことが行われてきたということである。すなわち、実体家族法は私的な処理のために広範な取決め場を設定しており、それによって当事者は単に自分たちの問題を自分で克服するよう鼓舞されているだけでなく、幾重にも援助されている。そのようなやり方で達成された合意による解決は、裁判所によって押し付けられた取決めよりも強い満足効果をもち、それゆえにより持続的でもある。もちろんこの「選択的紛争解決手段」が有益に働く規模

(64) BAFM の指針 (前掲注50) Nr. V. 1。

(65) 弁護士でないメディエーターによる法律相談について議論のある問題については、Coester (前掲注59) 参照。

(66) 前掲注19参照。また、Spindler, *Gerichtsnaher Beratung bei Trennung und Scheidung*, KindPrax 2002, 80 ff. に収められた試行報告を参照。

(67) Lossen/Verghe (前掲注19) 1218。

について、幻想を作り出すべきではない。理性と自律的な取決めに対する国の呼びかけは、国民のうちの少数の者、すなわち、確かに自分の力だけでは私的に紛争を解決することはできないが、相応の援助と支援があれば、当事者全員にとって適合したものとなる合意による解決のため、争いや、不満や、感情を抑える気持ちを有している者にしか効を奏さない。メディエーション的な試みは、国民の中に潜んでいる潜在的な合意能力を活気づかせることはできるが、当事者の関係が敵意と嫌悪感によって支配されている場合には、その潜在能力はまったく欠けているのであり、それを作り出すことはできない。そして、破綻した婚姻においては、残念ながらこのような場合が極めて多いのである。

—完—

2003年10月9日

於 早稲田大学 比較法研究所

岩志和一郎 訳