

フェリックス・シュテフェック

「メディエーションと和解裁判官手続をめぐる 法律問題——比較法と法事実に映し出され た法の適用とその規制」

寺 川 永 (訳)

目 次

- I. 導 入
 - 1. メディエーション指令の国内法化
 - 2. 規律の対象とされた背景
 - 3. メディエーションの定義
- II. 民法と経済法におけるメディエーションと和解裁判官手続
 - 1. 手続の選択
 - 2. 手続の変更
 - 3. 費 用
 - 4. 手 続
 - 5. 最終合意の執行力
 - 6. 非 公 開
 - 7. 消滅時効と除斥期間
- III. 職務に関する規律
 - 1. 義務と責任
 - 2. 養成と研修
- IV. 総括と展望

I. 導 入

1. メディエーション指令の国内法化

まずは2012年6月28日に連邦議会で¹⁾、そしてその翌日に連邦参議院で²⁾ 白い煙が立ち上り(*¹⁾、それとともに調停手続 (Vermittlungsverfahren) に「メディエーション及びその他裁判外紛争解決手続の促進に関する法律」³⁾ への道が開かれることとなった。

1) Beschluss des Bundestags, BR-Drucks. 377/12 vom 28.6.2012.

2) Beschluss des Bundesrats, BR-Drucks. 377/12(B) vom 29.6.2012.

3) Bundesgesetzblatt (BGBl.) 2012 I, 1577 ff.

このとき、「法が決まった *Habemus legem*」ことで、多くの人々はほっと胸を撫でおろしたことであろう。条項法 (Artikelgesetz) には、まず新たな法律であるメディエーション法 (MediationsG) が規定されており、この他にも民事訴訟法 (ZPO) や家事事件・非訟事件手続法 (FamFG)、労働裁判所法 (ArbGG)、行政裁判所法 (VwGO)、裁判所費用法 (GKG) といった主要な法律の改正が規定されている。これらの新しい規定は、官報での公告日の翌日にあたる2012年7月26日に施行された⁴⁾。

まず、こうした事項に関わる議会の立法手続が、2011年5月20日に設定されたメディエーション指令⁵⁾ の国内法化の期限から一年以上も経てようやく結末を迎えたことに驚くかもしれない。もっとも、解決されなければならなかった規律問題を考慮すれば、なぜ人々や立法機関が議論し、慎重に検討する時間を要したかは自ずと明らかになる⁶⁾。たとえば、そこでは次のような問題が提起されたのである。裁判手続やメディエーション、その他の裁判外紛争解決手続はそれぞれどのような関係にあるべきか。国はこれらの手続についてどのような組織上や財政上の責任を負うのか。どの範囲までメディエーターの活動を規制する必要があるのか。これらの問題の他にも様々な問題が提起されたが、これは特に次のような点を理由とするものであった。すなわち、喜ばしいことに、ドイツの立法者が、国境を越えるメディエーションの適合という、メディエーション指令から指示された内容を実行するだけでなく、国内のメディエーションと裁判外紛争解決を規律することも決めていたのである。

2. 規律の対象とされた背景

a) メディエーションの促進

比較法によれば、ドイツの立法者⁷⁾ と EU の議会、さらにドイツと EU 以外の国々

4) MediationsG 9 条。

5) Richtlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte Aspekte der Mediation in Zivil- und Handelssachen vom 21.5.2008, ABl. 2008 L 136/3ff. 国内法化の期限についてはメディエーション指令12条1項を参照。

6) Burkhard Hess, Vom Regierungsentwurf zum Mediationsgesetz, in: Christian Fischer/Hannes Unberath (Hg.), Das neue Mediationsgesetz, 2013, 17ff. は、立法過程と各立法草案について概観する。

7) Begründung des Entwurfs eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, BT-Drucks. 17/

との間にはきわめてはっきりとした意見の一致がみられることがわかる。その理由として語られるのはメディエーションの促進である⁸⁾。つまり、自己責任に基づいた持続的な紛争解決を当事者に開放し、そうした建設的な方法によって人と社会のつながりが強固なものになり得るというものである。解決策を見つけるのは任意であることから、——根本的には——公正かつ効率的な解決策への期待が生まれる。メディエーションは、迅速かつ費用面において有利な紛争解決を期待させるものであって、そうした紛争解決にかかる時間や費用は、国民一人一人にとっても国にとっても、裁判手続にかかる時間や費用よりも少なく済むのである。

当然のことながら、メディエーション指令も裁判外紛争解決に関するドイツの新たな法律も、メディエーションの促進を、議論の余地のある裁判手続の下位にあるものとは捉えていない⁹⁾。メディエーション指令は、その1条1項において、明文をもって「メディエーションと裁判手続の衡平な関係に配慮する」ことを加盟国に求めている。ドイツ連邦政府は、そうした衡平な関係について、「なおもドイツでは非常に多くの争いの決着が法廷で行われている」¹⁰⁾ことから、まだ十分に達成されていないとみている。加えて、ドイツの立法者が、合意に基づく紛争解決手続としてメディエーションを特に推奨するのであれば、そうした立法者の行動は、「まずは合意に基づく解決を通じて争いのある問題を克服することは、法治国家においても、裁判官が争いについて判断することに比して基本的に優先するに値するものである」として、私的な紛争解決が優先されることを明言した2007年の連邦憲法裁判所の判決¹¹⁾と符合するものである。

b) 法 事 実

まさしく先に述べたメディエーションの利点は、徐々に蓄積されつつあるメディエーションに関する経験的調査を用いて、単なる、ひょっとすると逸話のようにして裏付けられた主張ではないことが証明されている。統計上、最初の手がかりとなるのは、メ

↘5335 vom 1.4.2011, 10ff.

8) Klaus J. Hopt/Felix Steffek, Mediation: Comparison of Laws, Regulatory Models, Fundamental Issues, in: Klaus J. Hopt/Felix Steffek (eds.), Mediation – Principles and Regulation in Comparative Perspective, 2013, 9.

9) ドイツにおける紛争解決の規律パラダイムの展開については Hannes Unberath, Auf dem Weg zu einer differenzierten Streitkultur, Juristenzeitung (JZ) 2010, 975ff.

10) Begründung RegE (脚注7) 11.

11) Bundesverfassungsgericht (BVerfG) 14. 2. 2007, Neue Juristische Wochenschrift Rechtsprechungs-Report (NJW-RR) 2007, 1073, 1074.

ディエーションの成功率である。これは、和解によって、または和解ではなく最終合意 (Mediationsergebnisvereinbarung) ^(*)2) によって終了するメディエーションの割合を示すものである。現在までに蓄積された調査研究は、さまざまなメディエーションを種類ごとに分けて、次のような各国における平均成功率を明らかにしている (特に断り書きがない限り、統計データは民法と経済法の分野におけるメディエーションに関するものである。複数の%で表した数字が示される場合には、複数の調査研究が存在することを意味する) ¹²⁾。

- メディエーション一般の成功率：中国95%；フランス80%；イタリア48%，76%；日本66%；オランダ65%，87%；ポルトガル48%，35%，50%ないし70%，70%；ロシア80%；スイス70.4%；スペイン70.5%；ハンガリー87%，66%，67%。
- 私的メディエーション ^(*)3) の成功率：フランス75%；イタリア80%；オランダ76%。
- 裁判所付設型 (gerichtsnahe) メディエーション ¹³⁾ の成功率：オーストラリア55%，66%，10%ないし85%；ブルガリア76%，20%；イングランド69%，80%，62%，50%，58%，68%，65%；フランス約66%，70%，ニュージーランド90%，オランダ59%，78%，60%，45%；ポルトガル25%；スペイン77%。
- 裁判所内 (gerichtsintern) メディエーション ¹⁴⁾ の成功率：ドイツ69%，80%，80%；カナダ80%；ノルウェー70%ないし80%。
- 強制メディエーション ^(*)4) の成功率：イングランド48%；フランス約50%；カナダ80%；ニュージーランド約73%。
- 公法分野におけるメディエーションの成功率：フランス87.4%；オランダ82%。

成功率の違いから確認できるのは、メディエーションが個々の事例で成功を収め、かつ紛争解決手法として成功を収めるか否かは、メディエーションが行われる国の規範状況や紛争解決文化に左右されるという点である。さらに、平均成功率は、実際には次のような点について考えるきっかけも与えているのである。すなわち、メディエーションによって最終合意が成立するときのみメディエーションの成功といえるのであって、

12) 概要は Hopt/Steffek (脚注8) 103ff. の引用による。本稿で引用された調査研究の詳細については、同書および同書で引用された各国の報告書を参照。

13) 裁判所付設型メディエーションの定義については II.2.a). を参照。

14) 裁判所内メディエーションの定義については II.2.b). を参照。

当事者がそうした合意に同意できないときには常に失敗であるということになるのではないかという点である。形式的な成功率ではなく、当事者の利益を基準とするのであれば、メディエーションは、たしかに和解契約は締結されなかったが、メディエーション手続によって利益（の一部）が実現されたときにも（部分的には）成功といえるのである。たとえば、個人的または経済的な関係が安定したり、共通の目的を明確にすることによって将来の争いを回避したりすることがあるが、これらは、そうした（部分的な）利益が実現されたことを示すものであるといえる。

形式的な成功率よりも手続が成功したことを示す指標となるものは、当事者の手続に対する満足度である。2005年から2009年までのドイツにおける監護権（Sorgerecht）と面会交流権（Umgangsrecht）に関する比較調査研究によれば、両親は、89%の事例においてメディエーション手続に満足していたのに対して、裁判手続については40%（監護権）または44%（面会交流権）の事例で満足していたにすぎない¹⁵⁾。メディエーションに対する手続の満足度に関する調査研究では、2004年から2008年までのオランダにおいて80%の平均的な満足度が示され¹⁶⁾、イングランドでは2009年の手続について91%から98%までの満足度が示されていた¹⁷⁾。さらに、経験的調査によれば、メディエーションが構造的に裁判手続よりも迅速かつ有利であるという期待も確認されている¹⁸⁾。

3. メディエーションの定義

EU や EU 以外の国々の立法や判例法におけるメディエーションの定義を比較すれば、——仔細に見れば違いはあるものの——次のような中心的な定義（Definitions-kern）が生まれる¹⁹⁾。すなわち、メディエーションは当事者の自由意思を基礎とする手続で

15) Reinhard Greger, Mediation und Gerichtsverfahren in Sorge- und Umgangsrechtskonflikten — Pilotstudie zum Vergleich von Kosten und Folgekosten, 2010, 7 f., 116f.

16) より詳しくは Liane Schmiedel, Mediation in the Netherlands, in: Klaus J. Hopt/Felix Steffek (eds.), Mediation — Principles and Regulation in Comparative Perspective, 2013, 754, 760.

17) より詳しくは Jens M. Scherpe/Bevan Marten, Mediation in England and Wales, in: Klaus J. Hopt/Felix Steffek (eds.), Mediation — Principles and Regulation in Comparative Perspective, 2013, 373f.

18) これに関する統計データについては II.3.a). を参照。

19) Klaus J. Hopt/Felix Steffek, Mediation — Rechtsvergleich, Regelungsmodelle, Grundsatzprobleme, in: Klaus J. Hopt/Felix Steffek (Hg.), Mediation —

あって、この手続においては、決定権限をもたない調停人（Vermittler）が、当事者の自己責任に基づく紛争解決を可能にすることを目的として、順序立てて当事者間のコミュニケーションを円滑に進めるというものである。この他にも、メディエーションに不可欠なメルクマールであるとはいえないものの、典型的なメルクマールといえるのは、手続の非公開（Vertraulichkeit）と調停人の中立性である。

MediationsG1 条 1 項は以上のような内容と同様の定義を行っている。すなわち「メディエーションは非公開に基づく構造的な手続であり、この手続において、当事者は、一人又は数人のメディエーターの助力を得て、自由意思かつ自己責任に基づいて合意による紛争解決に努める」。こうした定義に加えて、MediationsG1 条 2 項は、メディエーターについて「メディエーターは、決定権限をもたない独立の、かつ中立的な立場にある者であり、メディエーションを通じて当事者を指揮する者である」と定義している。

比較法で認められる定義と MediationsG1 条に定める定義との重要な違いは、ドイツ法が手続の非公開や調停人の中立性を構成要件メルクマールとして挙げているのに対して、比較法によれば、これらの要件は単に典型的なものであるにすぎず、必ずしも常に存在するメルクマールではないという点である。他方、メディエーション指令は、その 3 条において、本稿で比較法の見地から提案される中心的な定義と同様に、非公開やメディエーターの中立性をメディエーションの定義にあたって考慮される要素としていた。より正確に言えば、メディエーション指令 7 条 1 項には、当事者による別段の定めがない限り、メディエーションが非公開であるものとする規定されており、かつ同指令 3 条 (b) には、メディエーターが中立的な立場にある者ではなく、メディエーションを公平に実施することが求められている者であることが定められている。

本稿で提案される定義やメディエーション指令の手法のメリットと言えるのは、これらの定義や手法によれば、当事者が合意によって非公開をやめて公開を認めるときにも、メディエーションの可能性があるという点である。この点について、たとえば、資本市場において大勢の投資家が関与しているメディエーションや公共建築工事の施行計画に関するメディエーションでは、当事者に共通する利益が存在することもあり得る²⁰⁾。MediationsG1 条 1 項の規定によれば、そうした場合にはもはやメディエーションは存在

↘ Rechtstatsachen, Rechtsvergleich, Regelungen, 2008, 12.

20) 同様に *Annette Guckelberger*, Einheitliches Mediationsgesetz auch für verwaltungsrechtliche Konflikte?, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 2011, 393.

しないことになり、したがって、たとえばメディエーション手続に関する MediationsG2 条の規定はもはや適用されないということになるだろう。当事者が、特別な専門的知識を必要とするので、十分な情報提供を受け、かつ〔誤った情報によって〕判断が歪められることなく、ある調停人を依頼したところ、その者が、メディエーションが行われる前に同一事件において一方の当事者のために活動していたことから、もはや中立的な立場にある者ではないときも、同様のことがあてはまることになるだろう²¹⁾。このとき、調停人が MediationsG1 条 2 項の定義にいうメディエーターでないとすれば、そのことを理由に MediationsG4 条に基づくメディエーターの守秘義務はもはや適用されないことになり、当事者がその負担を負うことになるだろう。本稿で提案され、メディエーション指令と一致する定義手法は、以上のような——法実務では解釈または類推の方法で解決可能ではあるが²²⁾——矛盾を回避し、非公開やメディエーターの中立性をメディエーションの定義ではなく、むしろ当事者の任意に委ねるメディエーション法の規範として考慮に入れることを、法技術的に無理なく認めるものである²³⁾。

Ⅱ. 民法と経済法におけるメディエーションと和解裁判官手続

1. 手続の選択

a) ドイツ法の規律手法

新たな法律であるメディエーション及びその他裁判外紛争解決手続の促進に関する法律は、ドイツでの紛争解決方法の選択を改善するといわれている。この法律は、「裁判外紛争解決手続、とりわけメディエーションを、国民及び司法の場で活動する職業集団の意識に強く定着させることを目的とする」²⁴⁾。経験的調査によれば、特定の紛争に

21) したがって、このような場合には、当事者が MediationsG3 条 4 項に基づく当事者の同意によって回避することができない同条 2 項 1 文に対する違反が存在する。

22) 解釈に基づいて解決する手法については *Bernhard Ulrici*, in: *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 1, 4. Auflage, 2013, Anhang zu § 278a ZPO, Rn. 12.

23) 同様に *Hannes Unberath*, in: *Reinhard Greger/Hannes Unberath (Hg.), Mediationsgesetz, Kommentar*, 2012, Einl., Rn. 31. および *Reinhard Greger*, in: *Reinhard Greger/Hannes Unberath (Hg.), Mediationsgesetz, Kommentar*, 2012, § 1, Rn. 2f., 45, 47; *Nils Goltermann/Ulrich Hagel/Jürgen Klowait/Dan-Alexander Levien*, *Das neue Mediationsgesetz aus Unternehmenssicht* (Teil 1), *Zeitschrift für Schiedsverfahren (SchiedsVZ)* 2012, 300ff.

24) *Begründung RegE* (脚注 7) 11.

もっとも適した紛争解決方法を選択する際に、〔当事者に与えられる〕情報の不足や〔当事者の〕判断力の不足を補って欲しいという要望が確認されている。2010年9月に行われたアレンスバッハ世論調査研究所の調査によれば、調査対象者の57%がメディエーションを知っていたが、残りの43%はメディエーションについていまだかつて聞いたことがないというものであった²⁵⁾。また、プライスウォーターハウス・コーパーズとヴィアドリーナ・ヨーロッパ大学で2005年から行われている事業者の観点からの紛争解決に関する調査研究によれば、情報の不足のみならず判断力の不足も存在することが明らかにされている²⁶⁾。この研究では、まず、どのような紛争解決方法が事業者の観点から有利であるかが検討されている。検討対象は、裁判手続と仲裁手続、仲裁鑑定、調停 (Schlichtung)、メディエーション、交渉である。これらの手続は、次のような指標、すなわち手続を具体化する際の自治と非公開、取引関係の継続、紛争解決の持続性、結果の質、手続期間、手続にかかる間接費用、手続にかかる直接費用に基づいて、事業者によって評価されるのである²⁷⁾。中間結果では、いずれの手続についても平均利得価値 (mittler VorteilsWert) ^(*)5) が確認されている²⁸⁾。続いて行われた、手続の全体的な魅力と、事業者実務で当該手続が導入される頻度との比較が示唆に富んでいる。事業者は、裁判手続について (最大値を100%として) 23.3%の平均利得価値があると評価し、実務では、紛争を解決するために裁判手続の利用について、「ほとんどない」「時々ある」「頻繁にある」の選択肢が選ばれている^(*)6)。他方、メディエーションは、事業者にとって (最大値を100%として) 73.9%の平均利得価値を示しているが、実務では、メディエーションの利用について「まったくない」「ほとんどない」の選択肢が選ばれて

25) Institut für Demoskopie Allensbach im Auftrag der Roland Rechtsschutz-Versicherungs-AG, Einstellung der Bevölkerung zum deutschen Rechtssystem und zur Mediation, 2010, 41. この調査研究は、本稿で取り上げた結果を含めて *Oliver Bruttel/Andrea Timmesfeld*, Das Potenzial der Mediation aus Sicht der Bevölkerung, Zeitschrift für Konfliktmanagement (ZKM) 2011, 71 ff. でまとめられている。

26) *Price Waterhouse Coopers/Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder)*, Commercial Dispute Resolution — Konfliktbearbeitungsverfahren im Vergleich, 2005.

27) *Price Waterhouse Coopers/Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder)* (脚注 26) 6, 16.

28) *Price Waterhouse Coopers/Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder)* (脚注 26) 18.

いる。選択の好みと実際の選択が一致していないのは、判断力の不足を示している。

立法者は、そうした情報の不足や判断力の不足に対して、以下で集中的に取り上げられる民事法と経済法の領域ではどのような反応を示しているのだろうか²⁹⁾。ZPO253条3項1号によれば、訴状は、特に以下の事項、すなわち「メディエーション若しくはその他裁判外紛争解決手続の試みが訴訟提起より先に行われたものであるか否かの申立て (Angabe) 又はその手続に抵触する事由があるか否かについての意見 (Äußerung)」を記載す「べきものとする (soll)」とある。この背景には、当事者が——場合によっては、それぞれの当事者から依頼を受けた弁護士とともに——遅くとも訴状の作成時に、訴訟に代わる紛争解決方法を検討し、さらにこれらの代替的手続が適切である場合には、これを用いるという期待が込められている³⁰⁾。実際、ZPO253条3項1号は、弁護士職務規則 (BORA) 1条3項に基づいて、弁護士が依頼者に対し、法形成や紛争の回避、紛争の調停を支援する義務と密接な関連性がある³¹⁾。さらに、ZPOの新たな規定は、たとえば、裁判所がZPO278a条に基づいて代替的紛争解決を提案し、または同278条5項に基づいて和解裁判官による和解弁論やさらなる和解の試みを指示するといった、手続を指揮する (verfahrensleitend) 判断を行うための最初の基本的な情報を、裁判所に提供するのに役立つものである³²⁾。このような規範目的から、代替的紛争解決手続を選択しない理由について意見を記載する際には、そうした手続がふさわしくないと十把一絡げにして断ずることや、被告当事者を不利な立場に置くことになるといった決まり文句による指摘では不十分である³³⁾。裁判外紛争解決の可能性に対する誠実な対応

29) 以下では、家事事件・非訟事件手続法におけるメディエーションの特別規定も検討の対象外とする。この点の詳細については *Roland Fritz/Dietrich Pielsticker* (Hg.), *Mediationsgesetz*, 2013, 341—419. 労働法上のメディエーションの詳細については *Annegret Pilartz*, *Mediation im Arbeitsrecht*, 2013. および *Johannes P. Francken*, *Das Gesetz zur Förderung der Mediation und das arbeitsgerichtliche Verfahren*, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA)* 2012, 836ff. 税法上のメディエーションについては *Holger Thomas/Jan Wendler*, *Das neue Mediationsgesetz — Wesentliche Inhalte und Folgen für die Mediation im Steuerrecht*, *Deutsches Steuerrecht (DStR)* 2012, 1881ff.

30) *Begründung RegE* (脚注7) 20.

31) 裁判外紛争解決を背景とした弁護士の助言義務の理解については *Bernd Hirtz*, *Plädoyer für den Prozess*, *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)* 2012, 1688f.

32) 同様に *Unberath*, *JZ* 2010, 979.

33) *Mediationsgesetz/Greger* (脚注23) Teil 4, Rn. 31.

という目的も、裁判所への情報提供という目的も、具体的かつ理解可能な理由を必要とするのである。

ZPO253 条 3 項では申立義務 (Angabenobliegenheit) を義務規定 (Soll-Vorschrift) として分類しているの、申立てが誤っていたとしても同条 3 項 1 号により訴えの不適法ということにはならない³⁴⁾。ただし、裁判外紛争解決の可能性があり、かつそのような解決が訴状の送達により不利な立場に置かれるときには、裁判所はその送達を一時的に見合わせ、かつ申立てがないことを問い合わせることができる³⁵⁾。これによって生じる送達の遅延は原告が責任を負うことになる。したがって、14日を超えて遅れた送達が ZPO167 条に基づいて事後に行われることはない³⁶⁾。この点から、たとえば、期間徒過または時効に基づいて原告の権利が喪失する可能性がある。

b) 比較法からの経験

ドイツの立法者は、ZPO253 条 3 項 1 号を通じて、現に今ある情報の不足や判断力の不足を実効的に解決したのだろうか。この問題に答えるにあたって、イングランドの法制度に視線を向け、適切な紛争解決手続の選択について膨大な数に上る規制による豊富な経験を振り返ることが有用である³⁷⁾。イングランド法は、紛争解決手続の選択をより適切なものにするために、訴訟提起前の手続に関する詳細な規定に全幅の信頼を置いている³⁸⁾。訴訟提起前の指揮に関する実務指針 (Practice Direction on Pre-action Conduct) によれば³⁹⁾、潜在的な原告は、相手方に対して、どのような債権がどのような根拠に基づいて主張されるのかについて伝えるだけでなく、自己の見解によれば

34) *Christian Duve*, Das Gesetz zur Rettung der gerichtlichen Mediation, ZKM 2012, 109.

35) *Mediationsgesetz/Greger* (脚注23) Teil 4, Rn. 35ff. ここでは、原告に指示する内容について文言に示された例が付されている。

36) *Bundesgerichtshof* (BGH) 10.2.2011, NJW 2011, 1227; *BGH* 1.12.2005, NJW-RR 2006, 789f.; *BGH* 20.4.2000, NJW 2000, 2282. を参照せよ。

37) この点については既に *Felix Steffek*, Mediation und Justiz, in: *Christian Fischer/Hannes Unberath* (Hg.), Das neue Mediationsgesetz, 2013, 35f.

38) *Neil Andrews*, The Marriage of Public and Private Civil Justice, *Zeitschrift für Zivilprozess International (ZZPInt)* 16 (2011), 5ff. はイングランドにおける手続の諸段階について概観するものである。

39) www.justice.gov.uk/courts/procedure-rules/civil/pdf/practice_directions/pd_pre-action_conduct.pdf. で入手できる。

もっともふさわしいと思われる裁判外の紛争解決方法の類型を指定するかを書面で伝え、かつこの裁判外紛争解決の試みに同意するように相手方に要請すべきものとされている⁴⁰⁾。潜在的な被告は、書面による回答の中で、裁判外紛争解決の試みに同意するか否かを伝えるべきものとされている。同意しない場合には、その理由を述べ、その他の裁判外の紛争解決手続を提案するか、または裁判外紛争解決手続を全く考慮しないのはなぜかを述べなければならない⁴¹⁾。裁判外紛争解決が不調に終わったのであれば、裁判所は、上述の訴訟提起前の手続に関する規定に対する違反について、さまざまな制裁を科すことができる⁴²⁾。こうした制裁には、当事者が裁判外の紛争解決の試みについて意見交換をするまでの手続停止や、訴訟提起前の手続上の義務を遵守しなかった一方の当事者に対して、他方の当事者の手続費用の（一部の）支払を命じる判決が含まれている⁴³⁾。代替的紛争解決について助言する弁護士の一般的な義務は、いわゆる訴訟コースの振り分けに関する質問状（Allocation Questionnaire）⁴⁴⁾ で具体化されている⁴⁵⁾。そこには、「私は、顧客に対して、紛争解決を試みる必要性及び利用可能なオプション、仮にそうした試みを拒否する場合には費用に関する制裁を受ける可能性があることを説明しました」との確認事項が伝えられていなければならない。

イングランドの規律は、一方の当事者が正当な理由なく裁判外紛争解決を回避すると

-
- 40) 訴訟提起前の指揮に関する実務指針 付表 A 2.2 条(2)：「訴訟提起前に提出される原告の書面には」「原告がもっとも適していると考え、かつ被告に同意するように求める ADR の形式がある場合には、これについて定める」「ものとする」。
- 41) 訴訟提起前の指揮に関する実務指針 付表 A 4.2 条(4)：「被告が訴えの全てを認める場合を除き、被告の回答において」「被告が原告による ADR の提案に対する同意の可否及びこれに同意しないのであればその理由について述べ、並びに ADR の代替となる形式を提案し、又は適切と考えられるものがない場合には、その理由について述べる」「ものとする」。
- 42) 訴訟提起前の指揮に関する実務指針 4.4 条(3)。
- 43) 訴訟提起前の指揮に関する実務指針 4.6 条(1)および同条(2)。
- 44) <http://hmctscourtfinder.justice.gov.uk/courtfinder/forms/n150-eng.pdf> で入手できる。
- 45) ドイツにおけるこれに類する規定については *Reinhard Greger*, Die Reglementierung der Selbstregulierung — Zum Referentenentwurf eines Mediationsgesetzes, *Zeitschrift für Rechtspolitik (ZRP)* 2010, 212. 弁護士に関するその他の（助言）義務に反対するのは *Gerhard Wagner*, Grundstrukturen eines deutschen Mediationsgesetzes, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)* 74 (2010), 834.

きには、ドイツのように送達を遅らせるのではなく、手続を停止させることができるようにすることで裁判外紛争解決について誠実に取り組むように促す点について、より重点を置いている。この他にも、ドイツ法の場合と異なり、費用面での制裁をもって圧力をかけているのである⁴⁶⁾。さらに、イングランドの規定は、当事者とその助言者にどのような行為が求められているのか、とりわけ争いのある状況において顕著に現れる判断力の不足を克服するには何が良いのかについて、より詳細に挙げている。より具体的に記述することで、当事者は、一方的な、とりわけ議論の余地のある手続に方向づけられた助言に従わざるを得ないという状況を、よりうまく回避することが可能となるのである⁴⁷⁾。結局のところ、イングランドにおける上述の〔訴訟提起前の手続上の〕義務は、時間的には ZPO253 条 3 項 1 号よりも早く効力を生ずる。つまり、訴状の作成時になってようやく効力を生ずるというものではない。このことは、訴訟準備にかかる諸費用を節約するのに役立ち得るものであり、かつ紛争をより早い段階で解決する機会を提供するものである。新たな規定である ZPO253 条 3 項 1 号は、ドイツでの情報の不足と判断力の不足を改善するだろう。しかし、同条による新たな規律を評価する際には、この規律が、より早い時点に設定されるべきではないのか、より具体的には〔より早い時点に〕望ましい措置が講じられ、かつより強固な制裁をもって支援される (flankieren) べきではないのかが問われることになるだろう。

2. 手続の変更

a) 裁判所付設型メディエーション

新たに導入された ZPO278a 条 1 項によれば、裁判所は、メディエーションまたはその他の裁判外紛争解決手続を当事者に提案することができる。当事者がこれを利用すると判断すれば、裁判所は同条 2 項に基づいて手続の休止 (Ruhen) を命じることができる⁴⁸⁾。ドイツの立法者は、この規定を用いて、はじめて明文で ZPO に裁判所付設型メディエーションを定着させることとなった。裁判所付設型メディエーションでは、一方では、裁判手続と関連し合うものであり (裁判所からの提案、手続の休止)、他方では、〔紛争解決〕機関としての裁判所から離れて行われる (裁判所の建物の外で行われ、メ

46) この点の詳細については *Scherpe/Marten* (脚注17) 387 ff.

47) このような危険については *Felix Wendenburg*, *Differenzierte Verfahrensentscheidungen in zivilrechtlichen Konflikten*, ZKM 2013, 21.

48) この点について詳細は *MünchKomm/Ulrici* (脚注22) § 278a ZPO, Rn. 12 ff.

ディエーターは裁判官ではない) 点が特徴とされている。裁判所付設型メディエーションは、通常の場合、残念なことに訴訟提起前における当事者の判断が誤っていることを明らかにするものであるといえる。ただ、これは好ましいことではあるが、裁判手続が行われる間に誤った判断を修正できることを明らかにするものであるともいえる。

裁判所付設型メディエーションに着目すると、立法者に対しては、とくに次の四つの問題が提起される。(1) 裁判所は、争いについてメディエーションが適切であるかどうかを調査すべきか。仮にこれが肯定されるとすれば、どの程度の調査が行われるべきか。(2) 裁判所は、メディエーションが適切である場合に、どの程度の拘束力をもって、メディエーションを当事者に指示すべきか。(3) 裁判所は、どの時点でメディエーションが適切であることを検討すべきか。(4) 裁判所付設型メディエーションは、裁判手続またはメディエーション手続にかかる費用についてどのような責任を負うのか⁴⁹⁾。比較法を見る限りでは、EU やその他の国々において、これらの四つの観点に着目して考え得るモデルのほぼすべてが法現実に受け入れられていることがわかる⁵⁰⁾。

ドイツでは、ZPO278 条 1 項によれば、裁判所は、手続がいかなる段階にあるかを問わず、訴訟または個々の争点の和解的解決について配慮すべきものとされている。この規定の意味と目的、そしてこの規定が体系的に ZPO278a 条の直前に置かれている点から、裁判所は、原則として、紛争がメディエーション (ZPO278a 条) やその他の和解的解決に基づく手続に適しているかを調査する義務を負っていることがわかる⁵¹⁾。この調査によって、メディエーションが、その他の手続よりも目的に適い、かつ成功の見込みがあることが明らかになれば、裁判所には ZPO278a 条 1 項に基づいて〔メディエーションの〕提案をする義務が生じる⁵²⁾。もっとも、ZPO278 条 1 項および同 278a 条 1 項は、メディエーションについて拘束力を有する命令を認めるものではない⁵³⁾。

裁判所による調査や指示がなされる時点に関しては、多くの法制度が展開されている。特にコモン・ローに基づく制度、すなわち、時間的には、訴訟提起後ではあるが、口頭

49) 費用の問題については II.3. を参照。

50) *Hopt/Steffek* (脚注 8) 26 ff.

51) *Steffek* (脚注 37) 37.

52) *MünchKomm/Ulrici* (脚注 22) § 278a, Rn. 4, 8; *Ingo Saenger*, in: *Ingo Saenger* (Hg.), *ZPO*, 5. Auflage, 2013, § 278, Rn. 3. を参照せよ。

53) *MünchKomm/Ulrici* (脚注 22) § 278a, Rn. 4.

弁論 (*mündlichen Verhandlung*) の前に行われるいわゆる法廷審理前の事前協議 (*pre-trial conferences*) (さらに、事実整理の事前協議 *case management conferences*) が展開されている。たとえば、当事者は、オハイオ州最高裁判所⁵⁴⁾ が管轄裁判所に提案する準則にしたがって、メディエーションの実施について交渉しなければならない⁵⁵⁾。当事者が法廷審理前の事前協議において、この交渉結果について報告すると、裁判所は、メディエーションの実施について当事者と協議する権限を有する。そして、裁判所は、当事者の申立てをもって、またはその申立てなくしてメディエーションを命じることができる⁵⁶⁾。ドイツの法制度は、法廷審理前の段階をさほど明確に示すものではないが、代替的な紛争解決について手続を指揮するために、裁判所による迅速で、かつ十分な情報提供を促進しなければならないという課題に直面しているのである。

b) 和解裁判官への指示

ZPO278 条 1 項に基づいて、手続がいかなる段階にあるかを問わず、訴訟または個々の争点の和解的解決に努める裁判所の義務は、和解裁判官による和解弁論やさらなる和解の試みを当事者に指示する権限にも関連する。現在では、この点についてより詳細な規定が ZPO278 条 5 項に置かれている。同項の規定によれば、裁判所は、当事者に対して、決定権限をもたない裁判官 (和解裁判官) の指定を受けた和解弁論やさらなる和解の試みを指示することができる。さらに、この規定は、和解裁判官がメディエーションを含む紛争解決のあらゆる方法を用いることができる旨を定めている。

和解裁判官手続は、可決し、成立した立法草案 [政府草案] において裁判外メディエーションと裁判官による和解弁論とを明確に分離することが本来の意図であった連邦議会⁵⁷⁾ と、そのように分離することで、一定の成功を収めていた裁判所内メディ

54) www.supremecourt.ohio.gov/JCS/disputeResolution/rule16/sampleGeneral.pdf で入手できる。

55) この点についてより詳細は *Rainer Kulms*, *Mediation in the USA*, in: Klaus J. Hopt/Felix Steffek (eds.), *Mediation — Principles and Regulation in Comparative Perspective*, 2013, 1261.

56) 裁判所付設型メディエーションをめぐる様々な類型の評価については *Roselle Wissler*, *Court-Connected Settlement Procedures: Mediation and Judicial Settlement Conferences*, 26 *Ohio State Journal on Dispute Resolution* (Ohio St. J. on Disp. Resol.) 271ff (2011). を参照。

57) Beschluss vom 15.12.2011 in der Fassung der Empfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 17/8058 vom 1.12.2011.

エーションのパイロットプロジェクトの継続が危うくなると考えた連邦参議院⁵⁸⁾との間で行われた議論の末に生まれたものである。結果として、新たな規定は、メディエーションの手法を用いることができるというように修正された和解裁判官手続を採用することとなった。和解裁判官手続において決定権限をもたない裁判官によって行われる「裁判官メディエーター」との名称のもとで裁判所に設置されたメディエーションは、残りわずかではあるが2013年8月1日まで継続して行われることが認められている⁵⁹⁾。裁判所に設置された裁判官によるメディエーションプログラムが、将来的には、修正を受けた和解裁判官手続の枠内で継続されることを立法者は期待している。

法政策上の議論のみならず、新たな規定の解釈も、いわゆる裁判所内メディエーションの機能的な特殊性を背景として理解されなければならない。裁判所内メディエーションでは、当事者が、自己責任に基づいて紛争解決に努めることが特徴となっている。ただし、(1) 訴訟提起が行われたという印象や、(2) 裁判所で行われるという場所としての印象、(3) 拘束力があり、かつ法知識によって裏打ちされた紛争解決の判断という面において経験豊富なメディエーターや裁判官という、職種からイメージされる信頼性のある人物としての印象のもとで、そのような紛争解決が行われているのである⁶⁰⁾。裁判所内メディエーションの可否やその方法に関する議論において実際に問題となっているのは、裁判官の活動が、争いについて拘束力を有し、かつ法知識によって裏打ちされた判断に制限されるべきか否か、または裁判官が、たとえ決定権限をもたなかったとしても、特に交渉を円滑にするために、国家機関の一部として登場すべきか否かという点である⁶¹⁾。比較法によれば、裁判所内メディエーションは、さほど広く流布しているものではないが、特筆に値するほどの数の国々で実施されていることが確認されている。裁判所内メディエーションは、ドイツのみならず、——その影響力や重要性は異なるものの——、ブルガリア⁶²⁾ やイ

58) 議論の詳細は *Hess* (脚注6) 23ff.

59) *MediationsG*9条。この点については *Peter Röthemeyer*, *Gerichtsmediation im Güterichterkonzept*, ZKM 2012, 116f.

60) *Steffek* (脚注37) 40.

61) この点に関するモノグラフィーとして *Jan M. von Barga*n, *Gerichtsinterne Mediation*, 2008.

62) *Evgeni Georgiev/Christa Jessel-Holst*, *Mediation in Bulgaria*, in: Klaus J. Hopt/Felix Steffek (eds.), *Mediation — Principles and Regulation in Comparative Perspective*, 2013, 338f.

ングランド⁶³⁾、カナダ⁶⁴⁾、ノルウェー⁶⁵⁾の法制度にみられる。ドイツの立法者は、裁判所内メディエーションに和解裁判官手続の法衣をまとわせることによって、裁判所内メディエーションを、裁判外メディエーションとは明確に区分し、そうすることで、公職である裁判官のイメージを守っていた⁶⁶⁾。メディエーションに類する (mediativ) 和解裁判官手続は、まさに以上のようなメルクマール、とりわけ裁判官による調停 (Vermittlung) を理由として、多くの紛争類型にとって非常にふさわしいものとなり得る。したがって、この手続が、紛争解決手続の分野では、いっそう喜ばしい提案であるといえるのである。

もっとも、法実務では、そうした和解裁判官手続について、非常に多くの法適用の問題が提起されている⁶⁷⁾。その問題の根本となっているものは、立法者が、たしかに ZPO278 条 5 項 1 文において信頼性の高い和解手続を引き合いに出しているものの、同条 5 項 2 文において、メディエーションを含むあらゆる紛争解決方法〔の利用〕について認めることで (Öffnung)、それぞれの線引きについて非常に多くの問題が生じているという点である。ここでは、裁判所が、当事者に対して、ZPO278 条 5 項に基づいて、彼らの意思に反してでも、和解裁判官による和解弁論やさらなる和解の試みを指示できるのか否かという根本的な問題のみを取り上げることにしよう。そうした指示が可能であるとすれば、その結果は、和解手続の仮面をかぶった強制メディエーションがドイツ法に登場するということになったかもしれない。特に解釈の問題が問われているのは、立法理由において、和解裁判官による和解弁論やさらなる和解の試みの指示が、当事者の同意がある場合にのみ考慮されることが指摘されているという点であ

63) *Scherpe/Marten* (脚注17) 374f.

64) *Reinhard Ellger*, Mediation in Canada, in: Klaus J. Hopt/Felix Steffek (eds.), *Mediation — Principles and Regulation in Comparative Perspective*, 2013, 941f.

65) *Anneken K. Sperr*, Mediation in Norway, in: Klaus J. Hopt/Felix Steffek (eds.), *Mediation — Principles and Regulation in Comparative Perspective*, 2013, 1144f.

66) 同様に *Hanns Prütting*, Das neue Mediationsgesetz, *Anwaltsblatt* (AnwBl) 2012, 206; *Michael Plassmann*, Bekenntnis zur Justiz, *AnwBl* 2012, 152; *Reinhard Greger*, Justiz und Mediation, *NJW* 2007, 3262. 他方、批判的なのは *Martin Henssler/Christian Deckenbrock*, Das neue Mediationsgesetz, *Der Betrieb* (DB) 2012, 161f.

67) この点については *Reinhard Greger/Harriet Weber*, Das neue Güterichterverfahren, *Sonderheft 18, Monatsschrift für Deutsches Recht* (MDR) 2012, 1ff.; *Beatrix Schobel*, Güterichter und Mediationsbeauftragte an den Zivilgerichten, *ZKM* 2012, 192ff. が有益である。

る⁶⁸⁾。しかし、ZPO278条5項の文言は当事者の同意という要件を予定していない。文言以外にも、ZPO278条5項に基づいて、同条2項1文により義務づけられている (obligatorisch) 和解弁論の実施が指示されるという点も、当事者の同意という要件を正当化するものではない。事実、当事者の同意という要件を伴わない裁判所の指示権限のメリットといえるのは、その権限を行使することによって、適切な紛争解決について裁判所によるさらなる判断評価〔の余地〕が生まれ、それにより裁判所が当事者の選択した判断の誤りを修正できるという点である。裁判所が和解裁判官による和解弁論やさらなる和解の試みの指示を判断する際には、当事者の明確な同意や拒絶、その理由を考慮しなければならないとすることによって、適切な判断がなされる⁶⁹⁾。当然、当事者が、和解裁判官による合意を強制されることもない。このことから、ZPO278条5項1文は、当事者の同意を必要としていないのである⁷⁰⁾。

3. 費 用

a) メディエーション

メディエーションにかかる費用は、とりわけメディエーターの報酬や当事者に対する助言、鑑定人、〔メディエーションが行われる〕場所の賃貸借、往復の移動、資料、通信といった費目から生じ得る。ドイツのメディエーション法にメディエーターの報酬に関する規定はなく、比較法では、多くの場合、私的自治に基づく報酬に関する定めが優先することが確認されている⁷¹⁾。メディエーションにかかる費用を当事者が負担する

68) Begründung der Empfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 17/8058 vom 1.12.2011, zu Art. 3, Nr. 4 (ZPO278条5項の変更)。

69) ただし、少し極端であるのは Röthemeyer, ZKM 2012, 117. で、十分に情報提供を受けた当事者が拒絶するときには、自由裁量の制限はないと想定する。経験に基づいて裁判所を組織化することへの推奨 (Organisationsempfehlungen) については Reinhard Greger, Gerichtsinterne Mediation auf dem Prüfstand, ZKM 2013, 10f.

70) たとえば、労働裁判所法54条6項については Arbeitsgericht Hannover 1.2.2013, 2 Ca 10/13 Ö, BeckRS 2013, 66710; 本稿と同じく Greger/Weber, MDR 18/2012, 9; Duve, ZKM 2012, 109; Henssler/Deckenbrock, DB 2012, 162; Michaela Schmidbauer, Mediation am Gericht in der Schusslinie des Mediationsgesetzes, ZKM 2012, 91. も同様の立場をとる。これらと異なる見解は Mediationsgesetz/Fritz (脚注29) § 278 ZPO, Rn. 50f. もっとも、この見解は、和解裁判官が最初に当事者の同意を得ることは認められると考えている。

71) 比較法における報酬モデルの詳細については Hopt/Steffek (脚注8) 38ff.

場合には、法制度もモデル契約⁷²⁾も、その多くについては、特に当事者が助言者にかかる費用のように、当事者が個人的にかけた費用を除いて、メディエーションにかかる費用が、当事者で分割した上で支払われることが予定されている⁷³⁾。メディエーターの報酬が当事者で分割した上で支払われるのは、報酬面からの中立性を保証するためでもある。最終合意では、当事者は、個別に、かつ上に述べた原則と異なる費用に関する合意を交わすことができる。

メディエーターの報酬は固定ではない。また、人々の収入水準や代替的紛争解決に対する市場の発展具合、地域、メディエーションの対象となるものの価値や複雑さ、メディエーターの質や評判に左右されることが、ドイツ法においても比較法においても確認されている。ドイツでは、取引に関わるメディエーションについては一時間あたり200ユーロから600ユーロまでの報酬が、その他の分野に関わるメディエーションについては一時間あたり100ユーロから400ユーロまでの報酬が報告されており、家族に関わるメディエーションについては一時間あたり50ユーロから250ユーロまでの報酬が報告されている⁷⁴⁾。オランダでは一時間あたり80ユーロから300ユーロまでの報酬が報告されている⁷⁵⁾。イングランドのメディエーション連盟は、2012年について、中上級クラスのメディエーターについては一日あたり平均1517ポンド、非常に経験豊富なメディエーターについては同4279ポンドとしている⁷⁶⁾。2011年3月21日から2012年4月30日までの間に行われたメディエーションに関するイタリア連邦司法省の報告によれば、一回のメディエーションにつき平均1000ユーロのメディエーションにかかる手数料が伝えられており、この金額を当事者で分割して負担するものとされている⁷⁷⁾。

メディエーションの費用と期間に関する統計データでは、費用と期間が個別の事情や

72) 典型例としてヨーロッパ紛争マネジメント協会 (EUCON) 手続規則10条、ドイツ仲裁協会メディエーション規則11条 (Deutsche Institution für Schiedsgerichtsbarkeit) を参照。その他のメディエーション規則を収録したものについては *Michael Groß*, IP-/IT-Mediation, 2013, 218ff. を参照。

73) *Hopt/Steffek* (脚注8) 41ff.

74) *Peter Tochtermann*, Mediation in Germany, in: Klaus J. Hopt/Felix Steffek (eds.), *Mediation — Principles and Regulation in Comparative Perspective*, 2013, 542.

75) *Schmiedel* (脚注16) 716.

76) *Scherpe/Marten* (脚注17) 442.

77) *Giuseppe De Palo/Lauren Keller*, Mediation in Italy, in: Klaus J. Hopt/Felix Steffek (eds.), *Mediation — Principles and Regulation in Comparative Perspective*, 2013, 690.

組織的または法的なインフラに左右されて変動しやすいことについて常に留意しておく必要がある。この点を留保したうえで、徐々に蓄積されている経験的調査によれば、メディエーションには費用の効率性と時間の効率性について期待されていることが確認されている。イングランド国立会計事務所（National Audit Office）は、2007年の「家庭崩壊に巻き込まれた人々のための法的扶助及びメディエーション」という調査研究において、2004年10月から2006年3月までの間に行われた裁判手続については、平均1682ポンドの費用と435日の期間を要することを確認した。他方、メディエーションは、752ポンドの費用と110日の期間を要することを明らかにした⁷⁸⁾。ドイツにおける家族に関わる争いについては、グレーガー（Reinhard Greger）による主導のもとで行われた2005年と2007年、2009年の調査研究は、メディエーションが当事者のみならず、国庫にとっても、裁判手続よりも安い費用で済ませることができることを突き止めた⁷⁹⁾。この調査によれば、メディエーションについて、両親のうちの一方の親あたり平均400ユーロから600ユーロまでの費用がかかり、弁護士による代理がなされた場合には、その費用は1000ユーロから1200ユーロまでに上るものであった。これとの比較で、裁判手続については、両親のうちの一方の親あたり、平均2070ユーロの費用がかかるものとされていた。裁判手続にかかる費用の場合において公的費用が著しく高いのは、扶養手続の場合には、裁判所の手数料が、裁判官とそれ以外の裁判所のスタッフの費用を補填するものではないからである。加えて、裁判手続の71%で一方の当事者に、手続全体の37%で両方の当事者に、公的負担で、訴訟費用扶助が認められているからである。

b) 裁判手続

メディエーションでも裁判手続でも、それらの枠組みの中で扱われる争いについては、一方の手続にかかる費用が、他方の手続にかかる費用にとって意味があるかどうかという問題が提起される。このとき、特に以下の三つの場合が区別されなければならない。すなわち、(1) メディエーションが不調に終わった後に、当事者が裁判所での争いを継続する場合、(2) 訴訟提起後に、当事者がメディエーションの実施を決定する場合、(3) 訴訟提起前に開始したメディエーションが、訴訟提起後ではあるが、訴訟終了前に成功

78) *National Audit Office, Legal Aid and Mediation for People Involved in Family Breakdown, 2007.* この調査研究については www.nao.org.uk/publications/0607/legal_aid_for_family_breakdown.aspx で入手できる。

79) *Reinhard Greger, Mediation und Gerichtsverfahren in Sorge- und Umgangsrechtskonflikten, 2010, 113ff.* 本稿における以下の記述もこの点が確認される。

した場合である。まず規制的な観点からは、当事者にとって、〔金額が高すぎるために〕妨害的なものとなる（prohibitiv）費用法によって、当事者が、紛争解決方法の選択にあたって修正を行う可能性を妨げてはならないという点が問題とされている。この点は特に(2)にあてはまる。この場合には、訴訟のために既に費用をかけていることが、後で裁判外のメディエーションがよりふさわしいとわかったとしても、訴訟の継続を誘引するおそれがあるからである。他方で、立法者は、公益のために、当事者ができる限り早い時期に、正しい紛争解決方法を選択し、かつ争いを合意によって（konsensual）解決しようとさせるインセンティブを与える構造を本来であれば作るべきだろう。後者の観点は、手続の選択にかかる費用のすべてを当事者から取り上げる国の支援策に異を唱えるものである。

メディエーションが不調に終わった後に裁判手続が継続する(1)の場合には、メディエーションにかかった費用の一部を、裁判手続にかかる費用に算入しないというのは、紛れもなく大多数の法制度が予定していることであり、ドイツの法制度もこれに含まれる⁸⁰⁾。メディエーションの促進を目的として、裁判所の手数料を、既に支払われたメディエーターの報酬の50%に、ただし最大でも約180ユーロ⁸¹⁾に減額するハンガリーの規律は⁸²⁾、比較法の観点からみても例外的なものである。

メディエーションが訴訟提起後に開始され、もしくはメディエーションが成功した(2)および(3)の場合には、メディエーションが成功した場合に裁判費用を減額する規律が比較的多くみられる。一部では、こうした規律は、既に、和解または訴訟の取り下げによって裁判所の手数料が減額されるとする費用に関する一般規定に現れている。とりわけ(2)の場合において裁判所付設型メディエーションの魅力を高めるために、法制度の中には、これを超えてさらに、裁判費用を減額するための特別規定を予定するものがある。こうした規定は、訴訟提起後に裁判所内メディエーションを——ドイツではメディエーションに類する和解裁判官手続の形で——、追加費用を負担することなく提供するドイツのような国にとって特に必要不可欠なものである。このような規定があれば、

80) さらに、この点は、たとえばオーストラリアやブルガリア、フランス、オランダ、スイスにあてはまる。この点については *Hopt/Steffek* (脚注8) 40 およびそこに掲げる諸文献。

81) 〔ハンガリーの貨幣単位で〕50000ハンガリーフォリント。

82) *Christa Jessel-Holst*, *Mediation in Hungary*, in: Klaus J. Hopt/Felix Steffek (eds.), *Mediation — Principles and Regulation in Comparative Perspective*, 2013, 613.

訴訟提起後に行われる裁判外メディエーションは、費用を比較すれば、裁判外メディエーションが費用競争という点で勝ち目がないことから、魅力的なものとはならなかっただろう。

したがって、ドイツの立法者は、新たな規定である裁判所費用法69b条において州の命令権限を予定していた。同条によれば、州政府は、法規命令によって州裁判所が徴収すべき特定の手續手数料⁸³⁾を減額し、または徴収しない権限を有するのは、メディエーション⁸⁴⁾の後にすべての手續が訴訟の取り下げもしくは申立ての取り下げによって終了し、かつ訴状または申立書面 (Antragsschrift) に、メディエーション⁸⁵⁾が行われ、または計画された旨が記されていたときである。裁判所が、当事者に対してメディエーション⁸⁶⁾の実施を提案したときも同様である。上訴される場合 (Rechtmittelzüge) にも準用される。州がそのような権限を用いるか否かは現在のところ不明である。いずれにせよ、代替的紛争解決にアクセスする機会が平等に与えられることから、そして土地管轄 (örtlicher Gerichtsstand) を選択する際に誤ったインセンティブを回避するために、連邦による統一的な規律は望ましいものであるといえるだろう⁸⁷⁾。

これに対して、和解裁判官手續は裁判手續の一部であり、追加的な裁判所の手数料を生じさせるものではない⁸⁸⁾。訴訟代理人も原則として追加的な報酬を受け取ることはない⁸⁹⁾。当事者が和解裁判官手續において合意に至るときには、一般的な報酬の減額が行われる。当事者は、裁判外メディエーションと同様に、たとえば和解の締結にあたって当事者が正確な費用負担について合意することによって、費用の分割に関与することができる。

c) メディエーション費用の援助

メディエーション費用の援助は、財政支援を必要とする者に対して、メディエーション

83) すなわち、費用表の番号 1211 および 1411, 5111, 5113, 5211, 5221, 6111, 6211, 7111, 7113, 8211。

84) またはその他の裁判外紛争解決手續。

85) またはその他の裁判外紛争解決手續。

86) またはその他の裁判外紛争解決手續。

87) 同様に、これについて批判的なのは Mediationsgesetz/Fritz (脚注29) § 69b GKG, Rn. 1ff.

88) これについて批判的なのは Duve, ZKM 2012, 108f. の各箇所で確認される。

89) 詳細については Greger/Weber, MDR 18/2012, 26.

ンへのアクセス (Zugang) を可能とすることを目的としている。国がメディエーション費用を援助する法倫理上の義務は、国による権力の独占を顧慮すれば、訴訟費用を援助する義務ほど明確なものとはなっていない。訴訟費用援助は、国による法の実現へのアクセスを可能にするために必要なものである。これに対して、メディエーション費用の援助のメリットといえるのは、構造的で、かつ合意に基づく紛争解決にアクセスする機会が平等に与えられているという点にしかすぎない。

それでもなお、国庫の財力を考慮すれば、メディエーション費用の援助は望ましい。これは、訴訟費用援助自体が使い勝手の良いものであることから、(場合によっては、メディエーションに類する和解裁判官手続ともども) 訴訟が、実際にはよりふさわしいメディエーションの代わりに選択されるという、金銭面での誤ったインセンティブを回避するものである⁹⁰⁾。訴訟費用援助の場合と異なり、メディエーション費用の援助の場合、ZPO114 条 1 文の文言に応じて「権利の追行又は防御」について「勝訴の十分な見込み」を問題とするべきではないだろう。その代わりに、争いについて「メディエーションがふさわしいものであるか」が決定的なものとなるべきだろう⁹¹⁾。制度としては、裁判所の許可決定に基づいて選任されたメディエーター団体の自主運営において、または、その他の部署を通じて、メディエーション費用の援助を認めることが可能であるだろう。

ドイツの立法者は、目下のところメディエーション費用の援助を認めるところまでには至っていない。より正確に言えば、MediationsG7 条では、各州のメディエーションの財政支援の結果を調査し、これを検討するために、連邦と州が研究計画を策定することが予定されているにすぎない。MediationsG7 条 2 項により、特に法律相談を必要とする者の申立てに基づいて財政支援を許可することができるのは、次の場合である。すなわち、当該支援が、その者の個人的事情や経済的事情によりメディエーションの費用を一部のみ捻出し、または分割払いでしか捻出することができず、かつ意図された権利の追行または防御が軽率なものではない場合である。これに対して、その他の国の法制

90) Mediationsgesetz/*Pielsticker* (脚注29) § 7 MediationsG, Rn. 36f., 40; *Reinhard Greger*, Die Reglementierung der Selbstregulierung, ZRP 2010, 212f.; *Thomas Ewert*, Grenzüberschreitende Mediation in Zivil- und Handelssachen, 2012, 222f. *Oberlandesgericht (OLG) Köln* 3.6.2011, ZKM 2012, 29ff. (*Ernst Spangenberg* による評釈も含む) も参照せよ。

91) 同様の方向性を示すものとして *Wagner*, *RabelsZ* 74 (2010), 836f.

度では、メディエーション費用を援助する積極的な経験を積み重ねてきた⁹²⁾。特に、メディエーターが従事する一定の時間または一定額の費用に限定する初期費用としての資金援助 (Anschubfinanzierung) は、メディエーションに有利になるように、上述の判断力の不足を克服することに寄与し得るものである。

既に現行法上では (*de lege lata*)、和解裁判官手続の費用援助については事情が異なる。訴訟費用援助が認められると、これには問題なく和解裁判官手続も含まれる⁹³⁾。もっとも、当事者が和解裁判官手続において、係争中ではない訴訟物についても和解することを望むときは、追加費用は、訴訟費用援助から単純に補填されるとは限らない⁹⁴⁾。

4. 手 続

a) メディエーション

メディエーション手続は、その紛争解決能力を、当事者が自己責任に基づいて解決しようとする試みや、手続が個々の紛争に柔軟に適應することができる能力、メディエーターによる計画的なコミュニケーションの促進から導き出している⁹⁵⁾。したがって、比較法では、当事者が自己決定に基づいて解決方法を模索すると同時に、ある程度の判断評価の余地が与えられているメディエーターが支援するというメディエーション手続の心髄となるものが、国による規制を受けることなく至るところで散見されることは、驚くべきことではない⁹⁶⁾。こうしたメディエーションにとって不可欠である〔当事者の〕自由という本質 (Freiheitskern) を超えて、いくつかの法制度における立法者は、程度こそ異なるものの、メディエーション手続の進行やその形成に干渉している。たと

92) より詳しくは *Hopt/Steffek* (脚注8) 42f. およびそこに掲げる諸文献を参照。

93) *Martin Ahrens*, Mediationsgesetz und Güterichter, NJW 2012, 2470.

94) *Greger/Weber*, MDR 18/2012, 27.

95) *Thomas Trenczek*, Außergerichtliche Konfliktregelung (ADR), in: Thomas Trenczek/Detlev Berning/Christina Lenz (Hg.), *Mediation und Konfliktmanagement*, 2013, 48. を参照せよ。

96) *Hopt/Steffek* (脚注8) 54. たとえば *Kulms* (脚注55) 1276. を参照。メディエーションの方法に関する最近の展開については *Regine Lang-Sasse*, *Mediationsstile und deren Merkmale*, ZKM 2013, 54 ff. 利益を基準としたメディエーションにおける法との関係 (Umgang) については *Juliane Ade/Ulla Gläßer*, *Das Recht in der Mediation*, ZKM 2013, 57 ff.

えば、フランスでは、裁判所付設型メディエーションの手続をきわめて詳細に法律で規定しているのに対して⁹⁷⁾、オランダ法は原則として手続形成に干渉しないのである⁹⁸⁾。手続に対する規制的な干渉の根拠として挙げられているのは、最低限の質を確保することや、手続法を容認することで当事者の関係を強化すること、典型的な契約準則を先取りすることで取引費用を低減させることである。

ドイツの立法者は、メディエーション手続については、特に MediationsG2 条に規定を定めている。既に条文の見出しである「手続；メディエーターの義務」からして、メディエーション手続が、法技術的には、メディエーターの義務によって部分的に達成されることを暗に示している。規定の起草にあたって、メディエーターに関するヨーロッパの行為準則 (Verhaltenskodex) がある種の典型的機能を果たしていた⁹⁹⁾。MediationsG2 条の体系構造は、類型化されたメディエーション手続の時間的な経過に沿っている。MediationsG2 条 1 項は当事者によるメディエーターの選任を重視する。通説に従って¹⁰⁰⁾、メディエーター契約を双方の当事者とメディエーターとの間の三面的な雇用契約と理解するのが適切であるとすれば、このような選任方法は、一般的な債務法上の原則から生じるものである。メディエーターは、MediationsG2 条 2 項により、当事者がメディエーション手続の諸原則やその進行を理解し、かつ、当事者の自由意思に基づいてメディエーションに参加することを確認しなければならない。メディエーターは、MediationsG2 条 3 項 1 文および同条 3 項 2 文により、すべての当事者に対して等しく義務を負っており、当事者間のコミュニケーションを促し、かつ当事者が公正

97) この点についてより詳しくは *Katrin Deckert*, *Mediation in France*, in: Klaus J. Hopt/Felix Steffek (eds.), *Mediation — Principles and Regulation in Comparative Perspective*, 2013, 479 ff. の各箇所で確認される。また, *Jean-Georges Betto/Adrien Canivet*, *France*, in: Giuseppe De Palo/Mary B. Trevor (eds.), *EU Mediation*, 2012, Rn. 10.20 ff., 10.75 ff.

98) *Schmiedel* (脚注16) 726 ff. の各箇所で確認される。

99) Begründung RegE (脚注 7) 14. 行為準則は http://ec.europa.eu/civiljustice/adr/adr_ec_code_conduct_de.pdf. で入手できる。

100) *Burkhard Hess*, *Rechtsgrundlagen der Mediation*, in: Fritjof Haft/Katharina von Schlieffen (Hg.), *Handbuch Mediation*, 2. Auflage, 2009, § 43, Rn. 30; *Hanns Prütting*, *Haftung*, in: Fritjof Haft/Katharina von Schlieffen (Hg.), *Handbuch Mediation*, 2. Auflage, 2009, § 46, Rn. 15; *Mediationsgesetz/Unberath* (脚注23) § 2, Rn. 26, 30. メディエーター契約が事務処理を目的とするものであるのか否かという争いのある問題については同書の Rn. 28 ff. も参照。

な方法で¹⁰¹⁾ メディエーションに関与することを保証するものとされている。

次に掲げる規定では、双方の当事者が共同で手続を運営することが明らかにされている。すなわち、メディエーターは、双方の当事者の同意 (Einverständnis) がある場合に限り、別席での面談 (別席調停 [コーカス] Caucus)¹⁰²⁾ を行うことが認められている (MediationsG2 条 3 項 3 文)。立法理由によれば、弁護士でもある第三者は¹⁰³⁾、すべての当事者の同意を得ることでのみメディエーションに加わることが認められている (MediationsG2 条 4 項)。これに対して、MediationsG2 条 5 項 1 文により、当事者がメディエーションを即時に終了できる権利の行使については、その当事者の相手方の同意を必要としない。同様に、MediationsG2 条 5 項 2 文により、当事者による自己責任に基づくコミュニケーションまたは合意を期待することができないとメディエーターが判断するときには、そのメディエーターは、メディエーションを終了することができる。

そして、MediationsG2 条 6 項には、メディエーション手続の終了について規定されている。同条 6 項によれば、メディエーターは、合意に至る場合には、当事者が事実状況を把握して合意を交わし、かつその内容を理解するように努めるものとする (1 文)。メディエーターは、専門的な助言を得ずにメディエーションに加わる当事者に対しては、必要のある場合には、外部の助言者によって当事者の合意を調べてもらう可能性があることを指摘しなければならない (2 文)。当事者の同意をもって、最終合意 (Abschlussvereinbarung) において目指された合意内容を調書にすることができる (3 文)。

MediationsG2 条の規定を解釈するにあたって、基本的には、双方の当事者が共同で手続自治を行い、かつメディエーター契約を雇用契約として性質決定することを方向づけるものでなければならない。この点から、強行法に抵触せず、かつメディエーターの権利に不利に干渉しない限りで、当事者が MediationsG2 条と異なる規律に合意できるということになる¹⁰⁴⁾。当事者は、時間的には既に争いが生じる前に、MediationsG2 条

101) この点に関するモノグラフィーとして *Felix Wendenburg, Der Schutz der schwächeren Partei in der Mediation*, 2013.

102) メディエーションにおける個別面談 (Einzelgespräche) については *Christina Lenz, Einzelgespräche/Shuttle/Mediation mit elektronischen Medien*, in: Thomas Trenczek/Detlev Berning/Christina Lenz (Hg.), *Mediation und Konfliktmanagement*, 2013, 379ff.

103) *Begründung RegE* (脚注 7) 15.

104) メディエーターの負担となることからそのように許容することができない契約

と異なる規律を実施合意 (Mediationsabrede) ^(*)7) に示すことができる。たとえば、そのような規律を示すにあたって、当事者は、MediationsG2 条 1 項の効力を失わせ、かつメディエーターの選任をメディエーター団体に委ねることができる¹⁰⁵⁾。さらに、後になって、当事者は MediationsG2 条に定める任意規定を、特にメディエーション手続に関する合意 (Mediationsverfahrensvereinbarung) の中で変更することができる。このとき、当事者は、たとえばメディエーション手続の開始にあたって、別席調停によるミーティング (Caucus-Sitzungen) や法的助言者の参加を一般に認めることができる。MediationsG2 条の保護目的は、そうした法形成が双方の当事者の同意を要件とすることによって実現されているのである。

MediationsG2 条によって基本的に当事者の自由裁量に任されている点は、以上のような規定の解釈による境界線を超えて、個々の規定の目的的解释に基づいて制限される可能性がある。たとえば、たしかに当事者の自己決定は、MediationsG2 条 5 項 1 文に反しても実施合意が有効であることを正当化するものである。そして、そのような合意において、当事者は、手続が開始され、かつ少なくとも別席調停による面談において、最初の交渉の可能性や解決の可能性が聞き出される程度にはメディエーションを試みる義務を負うことになる。しかし、ある解決方法について同意する場合に当事者の自由を守るという規定の目的は、その目的を超えてさらに、メディエーションが誠実に、かつ何度も試みられた後に明らかに成功しなかったときにも、メディエーションをなおも継続するという趣旨で最初から (*ex ante*) 拘束されることを正当化するものではない。さらに、実施合意やメディエーションの手続に関する合意を締結する際には、消費者保護規範、特に約款法が考慮されなければならない。

b) 和解裁判官手続

ZPO278条 5 項に基づいて裁判所内メディエーションを和解裁判官手続に移行させ、かつこれを MediationsG1 条のメディエーションの定義から外すことで、立法者は、和解裁判官手続が同条にいうメディエーションではないことを明らかにした。したがって、メディエーション法は、原則として和解裁判官手続には適用されない。しかし、このことから、MediationsG2 条の手続規定が和解裁判官手続の形成にとって意味がなかった

ゝの場合には、MediationsG2 条 5 項 2 文により失効することになるだろう。

105) Gerrit Horstmeier, Das neue Mediationsgesetz, 2013, 184f. でのメディエーション条項を参照せよ。

と結論づけるべきではないだろう。というのも、ZPO278条5項2文に基づいて、和解裁判官は、メディエーションを含むあらゆる紛争解決の方法を採用することができるからである¹⁰⁶⁾。この規定の文言によれば、「メディエーションの方法」というメルクマールを解釈するために、この解釈が方法についての問題に関係する限りで、MediationsG2条の規定を考慮する妨げとなるものは何もない。さらにこの点を正当化するのは、和解裁判官手続の枠内で、まさにメディエーションが有する特別な手続上の長所について、これが具体的な争いに適しているときに利用するというZPO278条5項の規律目的(Regelungsmotiv)である。もっとも、ZPO278条5項を解釈する場合においてMediationsG2条に定める方法についての問題を考慮するときには、和解手続が既に法的枠組みを提供している点が考慮されなければならない。この枠組みは、当事者の自由意思や自主性、弁護士の同伴、調停人の中立性、法治国家、非公開、非公表といった原則によって定められている¹⁰⁷⁾。

(MediationsG2条3項3文により)双方の当事者による同意のもとで、調停人の別席による面談(別席調停)が認められているのは、ZPO278条5項2文の解釈にあたってMediationsG2条に定める方法についての問題が重要であることを示す一例である。従来の和解手続では、法的聴聞の原則に対する違反であることを理由として¹⁰⁸⁾、別席調停によるミーティングが認められることはなかったであろう。しかし、ZPO278条5項2文は、メディエーションという方法の採用を指示することで、まさに和解裁判官による干渉を可能にすることを意図するものであって、そのような規定がなければ、このような干渉が認められることはなかったであろう。したがって、当事者が、和解手続の枠内で同意するときには、このような場合においても別席調停による交渉が行われる妨げとなるものは何もない¹⁰⁹⁾。MediationsG2条3項3文の評価から借用されるべき同意という要件に鑑みて、個々の当事者全員の保護が保障されているのである。

106) 経験に基づいた多様な方法を認めるのは Greger, ZKM 2013, 13.

107) Greger/Weber, MDR 18/2012, 4f.

108) Greger/Weber, MDR 18/2012, 16. を参照せよ。

109) 結果として Mediationsgesetz/Greger (脚注23) Teil 4, Rn. 98; Mediationsgesetz/Fritz (脚注29) § 278 ZPO, Rn. 67; Ahrens, NJW 2012, 2469. も同様。

5. 最終合意の執行力

a) メディエーション

メディエーションの結果に関する合意は、裁判所の判決と比べて、自由意思に基づいて履行されるという点で、より高い蓋然性を有する¹¹⁰⁾。判決とは異なり、最終合意は、これに従う義務を負う当事者の同意に基づいている。さらに、メディエーションによる和解の枠内では、判決の枠内におけるそれよりも、解決方法を見つける際に、一方の当事者の金銭的な困窮について創意工夫をこらして、これを考慮することができる。それでもなお、たとえば、将来行われる給付について履行の蓋然性を高めるために、最終合意の執行力に対する保障を要請することが多い。私的自治に基づく紛争解決は、将来のある時点での給付を強要する自己拘束の可能性を含むものである。

メディエーション手続において達成された合意の執行力に関するメディエーション指令6条を契機として、ほどなくして最終合意の執行力が容易なものとされなければならないという考え方が有力となった¹¹¹⁾。それを受けて、政府草案は「実施合意の執行宣言 (Vollstreckbarerklärung der Mediationsvereinbarung)」について、新たな規定である ZPO 草案796d 条を含むものであった。同条には、最終合意が無効なものではないとすれば、区裁判所または公証人がこの合意について執行可能である旨を宣言することが予定されていた。しかし、法務委員会の勧めで、このような執行宣言に関する権限は法律から削除されることになったのである¹¹²⁾。

また、このような規定の削除の結果として、メディエーションの当事者は、自らの合意の執行力にあたって、次のようないくつかのハードルに直面している¹¹³⁾。すなわち、公証人による調書をもって、個々の請求権の執行力のみを付与することができたにすぎず、この点を考慮に入れて和解に応じた当事者は〔調書の内容に〕従っていたのである。

110) *Schmiedel* (脚注16) 761f. での経験に基づいて証明されている。

111) *Marie-Luise Graf-Schlicker*, Die EU-Richtlinie zur Mediation — zum Stand der Umsetzung, ZKM 2009, 85. のみを参照。

112) *Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses*, BT-Drs. 17/8058 vom 1.12.2011.

113) *Gerhard Wagner*, Das Mediationsgesetz — Ende gut, alles gut?, ZKM 2012, 111; *Hans Wolfsteiner*, in: *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 2, 4. Auflage, 2012, § 796a ZPO, Rn. 13; *Birthe Schekahn*, Außergerichtliche Mediation und die drei großen „V“ — Vollstreckung, Verjährung, Vertraulichkeit, *Juristische Rundschau (JR)* 2013, 53ff.

弁護士和解は高額である（どの当事者も弁護士を必要とし、これに執行費用（Exequaturkosten）がかかる）。訴訟上の和解は、私的メデイエーションにとって実際の解決方法ではない。加えて、公証人による調書も弁護士和解も、意思表示の表明を目的とする和解や、住居に関する賃貸借関係の存続に関する和解について執行力の付与を認めるものではない¹¹⁴⁾。特に、弁護士または公証人が関与しないのであれば、なぜ当事者に対して区裁判所による執行宣言の権限を付与するべきなのかが不明である。結果的に、たとえ解決に向けた進展それ自体にとっては必ずしも必要ではなかったとしても、メデイエーションに弁護士を関与させることは、間接的には、費用がかさむというプレッシャーの原因となる¹¹⁵⁾。自己決定に基づく紛争解決や費用効率性という視点は、弁護士や公証人が解決方法の発見に寄与するときのみ関与することを正当化するものである。このような関与は、たとえば、弁護士が、メデイエーションミーティング（Mediationssitzung）で法状況の確保を検討することが重要であるときには、その多くの場合において妥当するものであるが、それ以外の状況においては必ずしも必要とされるものではない。

比較法によれば、最終合意の執行力について複数の方法の中から自由に選びやすい（niedrigschwellig）選択肢を国民に提供する法制度が良好な経験を積み重ねてきたことが確認されている¹¹⁶⁾。もっとも、当事者に対して、自分自身で、すなわち国家機関が関与することなく執行力を生じさせることを認める手法は少数である¹¹⁷⁾。むしろ、基本的には、国によって権限を付与された機関、とりわけ当事者の弁護士や仲裁裁判官、公証人、行政官庁、裁判所の関与が執行力には必要とされている¹¹⁸⁾。最終合意に執行力を付与する指針は次のようなものとされるだろう。(1) 判決が下されると仮定した上

114) ZPO796a 条2項, 同796c 条1項2文。

115) *Henssler/Deckenbrock*, DB 2012, 167.

116) *Schmiedel* (脚注16) 720f. を参照せよ。

117) たとえば *Jan P. Schmidt*, *Mediation in Portugal*, in: Klaus J. Hopt/Felix Steffek (eds.), *Mediation — Principles and Regulation in Comparative Perspective*, 2013, 818 (代金を支払い, 物を引き渡し, または行為を実行に移す債務に関するメデイエーション最終合意であって, かつ署名がなされたものの執行力); *Heyo Berg*, *Mediation in New Zealand*, in: Klaus J. Hopt/Felix Steffek (eds.), *Mediation — Principles and Regulation in Comparative Perspective*, 2013, 1110 (労働法上の争いにおけるメデイエーターの署名による執行力) を参照。

118) *Hopt/Steffek* (脚注8) 46 およびそこに掲げる諸文献。

で最終合意を実質的に審査するのではなく、むしろその合意が有効であり、かつ公序に反していないかに限定して審査すること、(2) 費用の効率性、(3) ある方法を優先的に選択することを（間接的に）強要するのではなく、執行力に関するさまざまな方法の中から選択すること（弁護士和解、公証人による調書、裁判所など）である。

b) 和解裁判官手続

和解裁判官手続では、当事者は、どの法形式で成果を記録したいかを選ぶことができる。その対象となるのは、特に和解やその他の実体法上の契約、予約、手続に関する契約（Verfahrensvertrag）である。当事者が執行可能な合意に関心があるのであれば、特に、ZPO794 条 1 項 1 号に基づく訴訟上の和解が検討される。その調書の作成は、和解裁判官の権限に含まれる¹¹⁹⁾。これらに代わるものとして、当事者が書面による和解提案を裁判所に提出するか、または裁判所が行う書面による和解提案について、裁判所への書面を通じて当事者がこれを受諾するときにも、ZPO278 条 6 項に基づく裁判上の和解を行うことができる。この和解もまた ZPO794 条 1 項 1 号に基づく執行名義（Vollstreckungstitel）となる¹²⁰⁾。

6. 非 公 開

a) はじめに

非公開は、個々の事例において、かつ制度としてのメディエーションが成功するためのもっとも重要な要件の一つである¹²¹⁾。メディエーションミーティングや別席調停による面談での情報の公開は、当事者にとって、メディエーションの開始時に与えられた判断決定の可能性よりも、総じて、より高い物心両様の価値を有する解決方法を可能にする。このようにこれまで秘匿されていた情報を開示するのは、メディエーションによって、いかなる利害関係者にとっても有利となるか、もしくは少なくとも状況を悪化

119) Greger/Weber, MDR 18/2012, 23; Wagner, ZKM 2012, 113f.

120) Ulrich Foerste, in: Hans-Joachim Musielak (Hg.), ZPO, 9. Auflage, 2012, § 278, Rn. 18; ZPO/Saenger (脚注52) § 278, Rn. 23; OLG Oldenburg 7.2.2005, OLG-Report (OLGR) 2005, 253.

121) メディエーション指令の考慮事由 13 も参照。Christoph Hartmann, Sicherung der Vertraulichkeit, in: Fritjof Haft/Katharina von Schlieffen (Hg.), Handbuch Mediation, 2. Auflage, 2009, § 44, Rn. 1ff. 比較法的な見地からは Nadja Alexander, International and Comparative Mediation, 2009, Kapitel 6.

させることにはならない結果が期待されているという理由に基づいている（パレート改善（Pareto-Verbesserung），よくてパレート最適（Pareto-Optimum））¹²²⁾。このようにメデイエーションで物心両様の価値を手に入れることについて，当事者が，メデイエーションで公開される情報が，その後続く裁判手続で彼らにとって不利に用いられるかもしれないことを考慮しなければならなかったのであれば，その期待は裏切られることになるだろう。

しかし，非公開の価値を高めるために，非公開に関する包括的かつ強行的な規定を必要とするわけではない。第一に，共通の判断決定の場において（in gemeinsamer Entscheidung），当事者に非公開をやめることを伝えるのに妨げとなるものは何もない¹²³⁾。非公開は当事者の保護に役立つものである。したがって，メデイエーターが，当事者から伝えられた情報について，非公開としてこれを保護する価値があると考える利益を認識することは基本的に困難である¹²⁴⁾。第二に，当事者は，契約形成によって非公開とすべき自己の利益を保護することができる。その際，メデイエーション団体などによって提供された標準非公開条項が，契約費用を低減させるのに役に立つ。それでも，国による非公開に関する規律が少なくとも部分的には推奨に値する理由として適切なものが，少なくとも二つ存在する。第一に，当事者は，非公開の効力のすべてを契約という方法で生じさせることができるわけではない。つまり，手続法上の，かつ契約によって形成することができない立証規定が念頭に置かれているにすぎない。第二に，当事者が，通常であれば，最初から非公開にすることを放棄しないときには，片面的かつ強行的な，すなわち双方の当事者のみから共同で放棄できる非公開規定が，当事者と，たとえばメデイエーターといった第三者にとって好ましいものである。そうした規定は契約費用を低減させるものであり，かつ，合意によって変更可能であることに鑑みれば，

122) *Felix Steffek*, Mediation, in: Jürgen Basedow/Klaus J. Hopt/Reinhard Zimmermann (Hg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, 2009, Band 2, 1054f. メデイエーションによる価値の増大については，一般に *Christian Duve/Horst Eidenmüller/Andreas Hacke*, *Mediation in der Wirtschaft*, 2. Auflage, 2011, 187 ff.

123) 同様に *Horst Eidenmüller/Matthias Prause*, *Die europäische Mediationsrichtlinie*, NJW 2008, 2741.

124) *Christoph Kumpan/Cathrin Bauer-Bulst*, Mediation in Switzerland, in: Klaus J. Hopt/Felix Steffek (eds.), *Mediation — Principles and Regulation in Comparative Perspective*, 2013, 1221 f.

過度に当事者の行動を制約するものでもない¹²⁵⁾。

b) メディエーション

新たな法律であるメディエーション法4条は守秘義務を定めている。同条によれば、メディエーターとメディエーション手続の実施に関与する者は、法律で別段の定めがない限り、守秘義務を負うものとされている (MediationsG4 条1文)。守秘義務は、それらの者が活動するにあたって、既知の内容すべてに関係する (MediationsG4 条2文)。守秘義務は、第一に、実体法上の性質を有するものである。メディエーターの守秘義務は、たとえば、当事者とメディエーターとの間の雇用契約の付随義務を具体化するものである。民事訴訟では、守秘義務は、ZPO383 条1項6号により、メディエーターの証言拒絶権として継続する¹²⁶⁾。先ほど展開された規律方針 (Regelungsleitlinie) を考慮に入れるとすれば、当事者とその助言者に対して同じように非公開を義務づけることになるが、この点については当事者の任意に委ねることが推奨されるだろう¹²⁷⁾。

メディエーション法4条3文が守秘義務を次のような場合に限定しているのは正しく、かつ多くの他の法制度¹²⁸⁾ やメディエーション指令7条1項と広く一致するものである¹²⁹⁾。すなわち、(1) メディエーション手続で達成された合意内容の開示は、このような合意を読み替え、または執行するのに必要である場合、(2) 開示が、公序 (ordre public) という優越的理由から、とりわけ、子の福祉を危険にさらす恐れがあること、または人の身体的もしくは精神的不可侵性を重大に侵害することを阻止するために命じられたものである場合、(3) 周知の事実、またはその意味内容によれば秘密保持を必要としない事実が問題になっている場合である。

125) 同様の方向性を示すものとして *Nils Goltermann/Ulrich Hagel/Jürgen Klowait/Dan-Alexander Levien*, Das neue Mediationsgesetz aus Unternehmenssicht (Teil 2), Zeitschrift für Schiedsverfahren (SchiedsVZ) 2013, 44.

126) もっとも、刑事訴訟では、これに該当する証言拒絶権は存在しない。Münch-Komm/Ulrici (脚注22) Anhang zu § 278a ZPO, Rn. 25; *Denis Diop/Alexander Steinbrecher*, Cui bono? — Das Mediationsgesetz aus Unternehmenssicht, Betriebs-Berater (BB) 2012, 3024.

127) *Wagner*, ZKM 2012, 110f.; *Felix Steffek*, Rechtsvergleichende Erfahrungen für die Regelung der Mediation, RabelsZ 74 (2010), 856f.

128) *Hopt/Steffek* (脚注8) 52 およびそこに掲げる諸文献を参照せよ。

129) この点についてより詳しくは *Mediationsgesetz/Fritz* (脚注29) § 4 MediationsG, Rn. 29ff.

c) 和解裁判官手続

MediationsG4 条の非公開に関する規定は和解裁判官手続には適用されない¹³⁰⁾。一方で、メデイエーションに関する方法についての問題は重要ではない。したがって、ZPO278 条5項2文に基づく間接的な関連づけは問題とならない。他方で、一般的な裁判官の守秘義務や特別な非公開に関する規定は、ZPO278 条5項によって和解裁判官手続に適用される。和解弁論は、裁判所構成法 (GVG) 169条1文により、判決を述べる裁判所では行われない。したがって、和解弁論は非公開である。調書 (Protokoll) は、ZPO159 条2項2文により、当事者の合意に基づく申立てがある場合にのみ作成される。和解裁判官は、一般的な守秘義務に従って、和解裁判官手続が行われる間またはその際に和解裁判官が知ることとなった職務上の事柄について口外しないようにする義務を負う¹³¹⁾。和解裁判官の守秘義務は特に受訴裁判所に対して行われる。まさに決定権限をもたない裁判官を ZPO278 条5項に基づいて参照指示することの意味と目的もまた、この点を正当化するものである。決定権限が存在しないことによって、より創意工夫に富み、かつ価値を高める解決のために、当事者が民事訴訟において自らに不利な判断結果が下されることを恐れて提供するのを控える情報を開示するための確固たる基盤が、彼らに提供されるべきである。和解裁判官によって情報が受訴裁判所に伝えられないと当事者が信じることができる場合にのみ、こうした目的が達成されるのである¹³²⁾。民事訴訟では、ZPO383 条1項6号に基づいて証言拒絶権が和解裁判官に認められている¹³³⁾。

7. 消滅時効と除斥期間

時の経過による権利の喪失は、二つの方法において、メデイエーションに対して消極的に効力を及ぼす可能性がある。一方で、消滅時効や除斥期間の進行を停止させるために、その情報に関する提供を受けた当事者が、双方の当事者によって誠実に行われていたメデイエーションの進行中に訴訟を提起せざるを得ないことがある。訴訟提起により

130) *Hanns Prütting*, in: *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, Band 1, 4. Auflage, 2013, § 278 ZPO, Rn. 27. これと異なる見解は *Röthemeyer*, ZKM 2012, 118.

131) *Greger/Weber*, MDR 18/2012, 28. は、連邦官吏法 (BBG) 67条、州官吏地位法 (BeamtStG) 37条1項とこれらの規定に相当する州法上の規定と関連づけてドイツ裁判官法 (DRiG) 46条を参照指示する

132) 官吏の証言拒絶権の免除については *Greger/Weber*, MDR 18/2012, 28f.

133) 結果的に *Röthemeyer*, ZKM 2012, 118. も同様である。

争いの法化 (Verrechtlichung) や硬化を招くことになるかもしれないが、これにより、メディエーションにおける利益を基礎とした解決方法の発見をいっそう困難にする可能性がある。他方で、期間満了後に合意に至ることなくメディエーションから撤退し、かつ期間の満了を引き合いに出すために、当事者が表面上でしかメディエーションと関わりをもたないというような戦略的行動に対するインセンティブが認められる (「メディエーションへの逃避」)。このような問題は和解裁判官手続では生じない。和解裁判官手続は、民事訴訟手続の中で行われるがゆえに、消滅時効や除斥期間に対する訴訟の一般的な停止効の利益を受けるからである。

したがって、メディエーション指令 8 条は、加盟国に対して、メディエーションの当事者が、メディエーション手続の期間中に消滅時効の期間が満了することによって、同一事件に関する裁判手続や仲裁手続の開始を妨げることがないように確保することを義務づけている。ドイツでのメディエーション指令の国内法化に関する議論では、BGB203 条が、指令の要請を既に正しく評価しているかどうかの問題とされた¹³⁴⁾。この規定によれば、債務者と債権者との間で請求権または請求権を基礎づける事情について交渉が行われる間は、一方または他方の当事者がその交渉の継続を拒むまで時効は停止する¹³⁵⁾。メディエーション法の立法理由によれば、連邦政府は、BGB203 条を変更することなく、かつ詳細な規定をまったく補充しないことにしていた¹³⁶⁾。メディエーションもメディエーションの開始に関する面談も、BGB203 条による交渉とみなされるとされている。この規定によれば、一方の当事者が、開始したメディエーションの継続を明確に、かつ判読可能なように拒むときになって、ようやく時効の停止が終了するものとされている。

比較法による分析からは、立法者による規制の干渉を正当化する二つの観点が生じる。

134) Burkhard Hess, Mediation und weitere Verfahren konsensualer Streitbeilegung, in: Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hg.), Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages Erfurt 2008, Band 1: Gutachten, 2008, F 1, F 113. は、国内法化の必要性はないと考えていた。構成要件の曖昧さを払拭するために、立法によって精緻化を図ることについては Eidenmüller/Prause, NJW 2008, 2741f.; Hanns Prütting, Mediation und weitere Verfahren konsensualer Streitbeilegung, JZ 2008, 851.

135) 善意に (im guten Glauben) 由来する規範を基礎とする点については Reinhard Zimmermann, The New German Law of Obligations, 2005, 146f.

136) Begründung RegE (脚注 7) 11.

これは、第一に、期間停止の始期と終期の確定に関するものであり、第二に、除斥期間をメディエーションの停止効の範囲に加えることに関するものである。次のような経験を通じて、期間停止の始期および終期を確定するための法律による支持が正当化される。すなわち、時効について後で争いになるときに、メディエーションを受け入れることについて面談が行われたかどうか、そしてこれが行われたとしていつ行われたのか、または、一方の当事者が、メディエーションが継続されるべきではないとの合図を送っていたのか、それはどのような行為で送っていたのかについて、主観的に異なる見解が多くみられるという経験である。このような経験に加えて、訴訟上の立証の問題がある。ここでは、時効問題は、通常、明らかに時間的な隔たりを伴って交渉されるものである。オーストリア法では、立法者が法的安定性をもたらし、かつ交渉費用を低減させることができたであろう規律が例証されている¹³⁷⁾。オーストリア民事メディエーション法17条1項2文および同条1項3文は「メディエーションで争いを解決することについて当事者が合意した時がメディエーションの開始とみなされる。メディエーションは、一方の当事者又はメディエーターが、メディエーションの継続をこれ以上望まない時又はある成果が達成された時に終了する」と定めている。始期と終期の時点を後で確定することは、メディエーターの調書作成義務によって保証されている。これに加えて、メディエーターは、当事者がメディエーションに合意した時点を優先的に確認しなければならない。これができないときには、最初のメディエーションミーティングが始期であるとして調書に記されていなければならない。さらに、メディエーターは、継続して調書をするために、次のメディエーションミーティング〔の期日等〕について記録しておくなければならない。ドイツでは、これに類する規定によって、時効停止について信頼できる基本的な枠組みを作ることができたであろう。さらに、当事者には、時効に関わる問題について契約で定める可能性や、BGB203条に関連づけて先に行われた時効停止の始期もしくは後に行われる時効停止の終期を証明する可能性が当事者に開かれているだろう。

さらに、オーストリアの規律は、消滅時効だけではなく、実体法上の除斥期間も考慮に入れている¹³⁸⁾。後者は、時効停止に関する規定の中にあわせて組み込まれるものと

137) この点の詳細については *Markus Roth/David Gherdane, Mediation in Austria*, in: Klaus J. Hopt/Felix Steffek (eds.), *Mediation — Principles and Regulation in Comparative Perspective*, 2013, 262ff.

138) *Gerhard Hopf, Auf dem Weg zu einer gesetzlichen Regelung der Mediation* ↗

されている¹³⁹⁾。除斥期間の目的すなわち債務者保護のための法的安定性や法的明確性は、実体法上の除斥期間の満了によってメディエーションに負担がかかる理由としては、必ずしも十分なものではない。当事者が、契約上の規律を通じて度が過ぎない程度に辛うじてやりくりできるのは、法定の除斥期間が、基本的に当事者の合意によって延長できないからにすぎない¹⁴⁰⁾。したがって、法形成は、許されざる権利行使の抗弁（BGB242条）や、手続の休止の申立てを含む事前の訴訟提起、当該権利を〔契約等を通じて〕新たに発生させることを通じて迂回することを、利害関係者に強要するのである¹⁴¹⁾。

こうした場合にも、法律規定は、任意規定として形成することが可能であり、したがって、当事者は、通常の場合と異なる状況について申し合わせをすることができたであろう。〔メディエーションが行われる間は期間の進行が停止するという〕期間に関するメディエーションの特権を認めることで生じる不都合な効力から公衆や第三者を保護することについては、さまざまな方法でこれを保証することが可能である。立法者は、第三者にもメディエーションの停止効が及ぼし得る（mit Drittbezug）期間を、一般に法的効力から除外し、またはメディエーションの当事者にのみ生じる相対効を命じることができる。このときには無論、第三者が、契約によって任意の期間の修正に同意することもできるだろう。

Ⅲ．職務に関する規律

1. 義務と責任

a) メディエーション

メディエーター契約を雇用契約と理解することで、メディエーターの義務と責任を根拠づけることができる。こうした理解により、第一に、メディエーターが、紛争解決と

in Österreich, in: Der Zivilprozess zu Beginn des 21. Jahrhunderts: Festschrift Jelinek, 2002, 81.

139) この点の詳細については既に Steffek, RabelsZ 74 (2010), 861f. 同様に *Round Table Mediation & Konfliktmanagement der Deutschen Wirtschaft*, Positionspapier der deutschen Wirtschaft zur Umsetzung der Mediationsrichtlinie, ZKM 2009, 147 (法定の除斥期間)。異なる見解として, Hess (脚注134) F 113. は, BGB242条および契約に基づく保護を参照指示する。

140) Helmut Grothe, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 6. Auflage, 2012, Vorbem. § 194, Rn. 12.

141) Bianca Böttcher/Dirk H. Laskawy, Mediationsklauseln in Verträgen und Geschäftsbedingungen, DB 2004, 1250f.; Kai Trams, Die Mediationsvereinbarung, 2008, 134ff.

いう結果について責任を負うのではなく、特に当事者間のコミュニケーションを順序立てて促すことで、メディエーションを指揮する責任を負うことになるのである。このとき、判断や評価に一定の余地がメディエーターに認められているのは、メディエーターにとってプラスとなる。当事者とメディエーターとの間の雇用契約上の関係が、メディエーターの注意義務と誠実義務の根拠となっている¹⁴²⁾。メディエーター契約やメディエーション法、雇用契約法から諸々の義務が生じる¹⁴³⁾。これに加えることができるのは、たとえば弁護士または公証人がメディエーターとして活動するときには、特別な職業従事者の義務である¹⁴⁴⁾。

メディエーターの注意義務には、メディエーションを範例どおりに (*lege artis*) 指揮すること、すなわち一般に認められたメディエーションの方法を用い、かつ必要な注意を払うことが含まれる。メディエーション法は、数多くの注意義務を具体的に示している。これには次のようなものが含まれる。

- 当事者がメディエーション手続の原則と進行を理解し、かつ自由意思に基づいてメディエーションに参加することを確認する義務 (MediationsG2 条 2 項)。
- 当事者間のコミュニケーションを促し、かつ当事者が適切かつ公正な方法でメディエーションに関与することを保証する義務 (MediationsG2 条 3 項 2 文)。
- 当事者が事実状況を把握した上で合意を交わし、かつその内容を理解するように努める義務 (MediationsG2 条 6 項 1 文)。
- 守秘義務 (MediationsG4 条 1 文ないし 3 文)¹⁴⁵⁾ と当事者に守秘義務の範囲につ

142) 比較法による概観については Für einen rechtsvergleichenden Überblick siehe Hopt/Steffek (脚注 8) 73ff. およびそこに掲げる諸文献を参照。メディエーション実務の観点に基づいた諸々の義務の対応については Pilartz (脚注 29) 23ff.; Goltermann/Hagel/Klowait/Levien, SchiedsVZ 2012, 302ff. und SchiedsVZ 2013, 41ff. を参照。

143) Eberhard Carl, Mediationsgesetz, in: Thomas Trenczek/Detlev Berning/Christina Lenz (Hg.), Mediation und Konfliktmanagement, 2013, 489ff. による概観がある。

144) この点については Detlev Berning, Berufsrecht für Mediatoren, in: Thomas Trenczek/Detlev Berning/Christina Lenz (Hg.), Mediation und Konfliktmanagement, 2013, 455ff. 公証人によるメディエーターの職務に関する規律については Stefan Meyer/Andreas Schmitz-Vornmoor, Das neue Mediationsgesetz in der notariellen Praxis, Deutsche Notar-Zeitschrift (DNotZ) 2012, 904ff.

145) この点については上述 II.6.b).

いて情報を提供する義務 (MediationsG4 条 4 文)。

- 自己責任に基づいて養成かつ研修を受ける義務 (MediationsG5 条 1 項および同条 3 項, 養成と研修の内容については, 同条を参照)。
- 当事者の求めに応じて, メディエーションの分野における自己の専門的バックグラウンドや養成, 経験について情報を提供する義務 (MediationsG3 条 5 項)。

さらにメディエーターの誠実義務が加わる。これは, メディエーターが善意から (in gutem Glauben) 双方の当事者にとってもっとも利益となるように行動することを意図するものである。これには, メディエーション法に規定されている次のような誠実義務が含まれる。

- いかなる当事者に対しても等しく扱うメディエーターの義務 (MediationsG2 条 3 項 1 文)。
- それぞれの当事者と別々に面談することについて, またはメディエーションに第三者を加える際に, 当事者の同意を得る義務 (MediationsG2 条 3 項 3 文および同条 4 項)。
- 専門的な助言を得ずにメディエーションに参加する当事者に対して, 必要のある場合には, 外部の助言者によって当事者の合意を調べてもらう可能性があることを指摘する義務 (MediationsG2 条 6 項 2 文)。
- メディエーターの独立性や中立性を侵害し得るあらゆる事情について, 当事者に情報を提供する義務, およびそうした事情が存在するときには, 当事者がこの点について明示的に同意するときのみ活動する義務 (MediationsG3 条 1 項)。
- ある者が, 同一事件において¹⁴⁶⁾, メディエーションの前に一方の当事者のために活動していたときは, メディエーターとして活動することを控える義務。メディエーターが, 同一事件において, メディエーションが行われる間またはメディエーションの後に一方の当事者のために活動する場合も同様である (MediationsG3 条 2 項)。
- 同一の職務執行団体や事務団体 (Berufsausübungs- oder Bürogemeinschaft) に所属するメディエーターと異なる者が, メディエーションの前に, 同一の事件において一方の当事者のために活動していたときには, 当該情報の提供を受けた双方の当事者の包括的な同意を得ずに, かつ対立する司法上の利害関係なくして,

146) この構成要件メルクマールの解釈については MünchKomm/Ulr. (脚注 22) Anhang zu § 278a ZPO, Rn. 15.

メディエーターとして活動することを控える義務。メディエーターが、同一事件においてメディエーションが行われる間やメディエーションの後に、一方の当事者のために活動する場合も同様である（MediationsG3 条3項および同4項）。

MediationsG3 条に基づく開示義務（Offenbarungspflichten）や活動の禁止は、メディエーターの中立性を保証する。これは、当事者の信頼やメディエーションが適切な解決をもたらしてくれるという期待の根拠となるものである¹⁴⁷⁾。メディエーターの中立性は、独立性の原則と公平性の原則によって具体化される¹⁴⁸⁾。手続や紛争解決に対する当事者の自己責任は、どのような結末が中立性に対する疑念を抱かせ、中立性の限界を有するののかについても、双方の当事者に共同での決定権を委ねることを正当化するものである。したがって、MediationsG3 条4項が、一方の当事者のために活動している（していた）者のいる職務執行団体および事務団体に所属するメディエーターを指名し、かつ雇用する権限を、十分に情報提供を受けた当事者に認めているのは正しい。メディエーターが同一事件において、一方の当事者のために活動している（していた）ときにも、こうした情報の提供を受ける選択肢を双方の当事者に与えないのであれば、それが保護目的の事由でないのは明らかである¹⁴⁹⁾。もっとも、現在のところ MediationsG3 条2項はこの点を考慮に入れていない¹⁵⁰⁾。

メディエーターの責任は、一般に、債務法上と不法行為法上の原則に従うものである¹⁵¹⁾。しかし、当事者の手続支配（Verfahrensherrschaft）や結果責任を理由に、メディエーターの義務違反が、当事者の損害において責めを負うべきものとして生じたかどうかは正確に検討されなければならない。しかし、——比較法においても確認されることであるが——¹⁵²⁾、メディエーターの責任を明らかにするであろう裁判所の判決が

147) メディエーションにおける公正さに対する期待について、一般には *Lis Ripke*, *Recht und Gerechtigkeit in der Mediation*, in: Fritjof Haft/Katharina von Schlieffen (Hg.), *Handbuch Mediation*, 2. Auflage, 2009, § 7.

148) この点に関するモノグラフィーとして *Peter Tochtermann*, *Die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Mediators*, 2008. 「中立性」および「〔当事者と同じ視点に立つことを前提とする〕中立性 Allparteilichkeit」の概念については *Ilka Beckmann*, *Neutralität und Allparteilichkeit in der Mediation*, ZKM 2013, 51ff.

149) 異なる見解として *Wagner*, ZKM 2012, 112.

150) *Begründung RegE* (脚注7) 16.

151) 責任問題についてより詳しくは *Mediationsgesetz/Unberath* (脚注23) § 2, Rn. 54 ff.

152) *Hopt/Steffek* (脚注8) 77f. およびそこに掲げる諸文献。

稀であることから、責任問題が起こりえなかったと推論することはできない。特に比較法ではメディエーターの義務が数多く、かつ厳格に定められており、こうした点は、ドイツのメディエーション法においても妥当するものである。

b) 和解裁判官手続

メディエーション法におけるメディエーターの義務は、少なくともこれが MediationsG2 条に定めるメディエーションの方法に該当しない限りで、和解裁判官には適用されない¹⁵³⁾。和解裁判官は、双方の当事者との雇用契約に基づいてではなく、裁判官としての職務を果たすために活動するのである¹⁵⁴⁾。ZPO278 条 5 項により、和解裁判官は、本稿の中心であるメディエーションの他に、紛争解決のあらゆる方法を採用入れることができる。和解裁判官は和解弁論を中立的に指揮し、紛争状態を適切かつ迅速に処理し、和解裁判官が職務上知ることとなった情報に関する秘密を厳守しなければならない¹⁵⁵⁾。メディエーションのように指揮された和解弁論の枠内では、基準として法状況は背後に置かれ、当事者の利益が前面に置かれる。和解裁判官は、法的評価を行うことができるが、これは必ずしも必要というわけではない¹⁵⁶⁾。しかし、特に終結した和解について調書が作成されるときには、和解裁判官は強行法規を遵守しなければならない¹⁵⁷⁾。

和解裁判官が、当事者に対して職務上の義務に違反する場合には、ドイツ基本法 (GG) 34 条 1 文に基づく責任を負う。BGB839 条 2 項による責任特権は、和解裁判官には適用されない。和解裁判官は判決を言い渡す裁判官の活動をしないからである。しかし、BGB839 条 1 項 2 文に基づいて参照指示をする特権や、故意または重過失に責任を制限するといった、判例法で展開されたきわめて重大な違反に制限する点については、和解裁判官にとってプラスとなる¹⁵⁸⁾。

2. 養成と研修

a) メディエーション

メディエーターの養成と研修は、国内外でかなり以前から激しく議論されてきた。ど

153) この点については既に上述 II.4.b)。

154) Greger/Weber, MDR 18/2012, 28.

155) この点については既に上述 II.6.c)。

156) Wagner, ZKM 2012, 113.

157) Greger/Weber, MDR 18/2012, 28.

158) BGH 3.7.2003, NJW 2003, 3052, 3053; Greger/Weber, MDR 18/2012, 28.

のような内容や訓練方法が必要とされているのか、ならびに、どのような方法で国が養成と研修を規制するべきかといった点については、これまでコンセンサスを得ることができなかった。比較法的な見地からは、その原因は、一方で、養成と研修の問題が、メディエーションサービス市場の展開とあわせて様々に提起されているという点にある。他方で、国がメディエーターの養成と研修に配慮する責任は、これらが国の紛争解決制度に組み込まれているかどうかによって異なるという点である。メディエーションが強行的な手続要件である法制度や、裁判所によってメディエーションが拘束力のあるものとして命じることができる法制度は、最低限必要とされる品質を確保しなければならないのであって、これは、国がメディエーションを命じていない法制度よりも高い基準のものでなければならない。こうした点を背景として、イタリアの法制度は、強制メディエーションの広範囲にわたる命令を、メディエーターとメディエーターに関する組織の養成と研修について、詳細で、かつ拘束力のある規定とを関連づけていた¹⁵⁹⁾。

比較法によれば、メディエーターの養成と研修の規制について、許可モデル、支援モデル、市場モデルという三つの基本モデルを認めることができる¹⁶⁰⁾。

許可モデルは、メディエーターの活動について国の許可を受けることをそのよりどころとしている。国の許可を受けていない者がメディエーターとして開業することは認められていない。国は、人物と専門的能力について、これを許可するための要件を定め、こうした要件を満たす場合には許可を与え、これを満たさない場合には許可を与えない。許可の有無について、監督官庁が中心となってその判断が下されることになるが、さらに裁判所が分散してこれを管理することができる。国の責任に応じて、イタリアでは監督官庁による許可制度が導入された¹⁶¹⁾。たとえば、裁判所による許可制度がオランダにみられる¹⁶²⁾。しかし、当然の帰結として、オランダの許可制度は、国がメディエーションの対象事例であることを指示し、またはメディエーション費用の援助においてこれを許可する場合にのみ適用される。こうした許可制度に関する多様性は組織にあわせて変わるものであり、高度な養成や研修に関する水準について国が求める条件をクリアする特定の団体によるメディエーションのみが、こうした場合において活動することが

159) *De Palo/Keller* (脚注77) 685ff.

160) より詳しくは *Hopt/Steffek* (脚注8) 80ff. およびそこに掲げる諸文献。

161) *De Palo/Keller* (脚注77) 685ff.

162) *Schmiedel* (脚注16) 748.

許されているのである。

インセンティブモデルは、基本的には、どのような者に対してもメディエーションサービスの市場を開放するものではあるが、養成と研修について国の要件を設定するのであり、その要件を満たすことが、少なくとも一部のメディエーターには魅力的に映るのである。こうしたインセンティブを設定する結果、一部のメディエーターは、自ら進んで国の要件を満たすことになるが、他方、その他のメディエーターは、これに関する費用をかけることをしない。このとき、メディエーションサービスを求める顧客は、いずれかのグループに属するメディエーターから選択する。このような規律手法の典型例は、オーストリアでみられる¹⁶³⁾。オーストリアでは、いかなる者もメディエーターとして活動することが許される。しかし、当事者の利益となるメディエーターに課せられる法定の義務や非公開に関する規定、研修受講義務、時効の停止に関する規定は、連邦司法省が管理するリストに登録されているメディエーターによって、メディエーションが行われる場合にしか適用されない。リストへの登録は、特に、国によって設定された養成に関する基準を満たしていることが前提となっている。したがって、登録メディエーターに委託する当事者のインセンティブは、次のステップとして、リストへの登録を目指すために、国の養成に関する要件を満たそうとするメディエーターのインセンティブとなっていたのである。

市場モデルは、メディエーターの養成や研修、許可といった規制的な干渉を行うことをしない。その代わりに、市場モデルは、供給（メディエーター）と需要（当事者）が効率的な養成の基準や適切な品質基準を作り上げると信じている。比較法によれば、市場モデルが、無秩序に市場が展開される最初の段階から、養成と品質について十分に足りるとされるべき水準に到達する私的構造を全面的に展開できる状況にあることが確認されている。たとえば、この典型となるのは、イングランドのメディエーションサービスの市場である。これは、職務に関する規律について立法者による干渉から解放されて展開されてきたものである¹⁶⁴⁾。当事者の参考となるように、規模の大きいメディエーション団体は、個々のメディエーターの質と経験を市場参加者にあらかじめ示す品質カテゴリーを導入していた。たとえば、仲裁人公認制度は、次のようなメディエーターに関する三つのカテゴリー、すなわちアソシエイトとメンバー、フェローの三つに分けて

163) Roth/Gherdane (脚注137) 306. 法と法事実について Ursula Scheuer, Zum Stand der Mediation in Österreich, ZKM 2012, 22ff. による概観がある。

164) Scherpe/Marten (脚注17) 422ff.

いる¹⁶⁵⁾。これに加えて、民事メディエーション協会によるメディエーション派遣業者の自主基準があり、これは、メディエーション団体について規格化された派遣基準を定めるものである¹⁶⁶⁾。メディエーションカテゴリーと民事メディエーション協会によるメディエーション団体の自主基準が共に機能することで、当事者には情報提供に基づいた選択を可能にし、メディエーターには、派遣機関での養成を受ける積極的なインセンティブをもたらしている。

ドイツでは、立法者は、自由意思に基づく品質保証モデル (Gütesiegelmodell) として描かれるインセンティブモデルの派生タイプを採用することに決めた¹⁶⁷⁾。MediationsG5 条および同 6 条における養成と研修に関する規定は、メディエーターとしての活動について国による許可を求めている。むしろ、MediationsG5 条 1 項 1 文は、いかなるメディエーターに対しても、自己責任に基づいて、適切な養成と定期的な研修を通じて、メディエーションを通じて専門的方法を用いて当事者を指揮することができるように、理論的知識と実務経験をそのメディエーターが備えていることを保証する義務を負わせる。MediationsG5 条 1 項 2 文では、適切な養成が、特にメディエーション、交渉技術やコミュニケーション技術、紛争解決能力、法知識、実務慣行、監督に関する基本的知識を含むものであることが規定されている。メディエーターが、当事者に対して、MediationsG3 条 5 項に基づく情報提供義務の枠内で、養成と研修について誤った発言をするのであれば、BGB119 条 2 項に基づく性質の錯誤や BGB123 条 1 項に基づく悪意欺罔を理由とする雇用契約の取消し、契約交渉時における過失を理由とする損害賠償、BGB626 条に基づく特別の告知、BGB280 条に基づく不完全履行を理由とする損害賠償請求権が考慮される。

「認証メディエーター」という品質保証をもって称されることを希望するメディエーターは、MediationsG5 条 2 項により、同 6 条に基づく法規命令の要求内容 (Anforderung) に即した養成を受け、これを完了していなければならない。したがっ

165) *Scherpe/Marten* (脚注17) 423 (イングランド)。アイルランドにおける比較可能な構造については *Reinhard Ellger*, *Mediation in Ireland*, in: Klaus J. Hopt/Felix Steffek (eds.), *Mediation – Principles and Regulation in Comparative Perspective*, 2013, 647f. を参照。ニュージーランドについては *Berg* (脚注117) 1126ff. を参照。

166) *Scherpe/Marten* (脚注17) 442.

167) *Goltermann/Hagel/Klowait/Levien*, *SchiedsVZ* 2013, 46. は、このような手法について、事業者の観点から歓迎する。

て、連邦司法省（BMJ）は、認証メディエーターになるための養成とその研修、養成機関と研修機関に対する要求内容を定める権限を有する。さらに、MediationsG6条は、法規命令について考え得る規律テーマ、たとえば養成内容や研修内容、最低受講時間数、講師に求められる内容、認証の方法、養成の完了を挙げているが、拘束力のあるものではない¹⁶⁸⁾。連邦司法省は、養成に関する法規命令をこれまで公布していない。

法規命令を出す場合、連邦司法省にはさらなる余地が認められている。法規命令の枠組みは、MediationsG6条1文に強行的に定められているにすぎない。他方、MediationsG6条2文は、その文言からしても（「特に定めることができる」）、拘束力を有するものではない。また、MediationsG6条1文に基準となるものはほとんど設定されておらず、結局、養成、研修、養成機関と研修機関に関する命令権限しか含まれていない。命令権限を（完全に）行使する義務は、規定の文言から読み取ることはできない¹⁶⁹⁾。ただし、法規命令は、権限規定（Ermächtigungsnorm）により、監督官庁の執行規定を公布することは認められていない¹⁷⁰⁾。連邦司法省は、以上の点を背景として、次のような様々な規律モデルを選択していた。すなわち、(1) 養成機関の自主規制と結びついた養成内容と研修内容について、国が規律するモデル、(2) 養成内容と研修内容を詳細に決めることが委ねられている養成機関と研修機関に対する要求内容について、国が規律するモデル¹⁷¹⁾、(3) 養成内容と研修内容および養成機関と研修機関について、国が規律するモデル、(4) どのようにしてメディエーターの質が MediationsG5条1項に基づいて展開されるかを検討するために、法規命令による公布を（一時的に）放棄するモデル¹⁷²⁾である。

168) 法務委員会は、BT-Drucks. 17/8058 vom 1.12.2011で MediationsG6条に関する決議勧告の理由において諸提案をより具体的なものとしていた。

169) 法規命令公布義務がないことについては *Horstmeier* (脚注105) 161. も参照。

170) Begründung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 17/8058 vom 1.12.2011, zu § 5 MediationsG.

171) 日本におけるこのような規律手法については *Harald Baum*, *Mediation in Japan*, in: Klaus J. Hopt/Felix Steffek (eds.), *Mediation — Principles and Regulation in Comparative Perspective*, 2013, 1070ff. を参照。

172) 法規命令の権限には、当然に法規命令公布義務が含まれるものではないという原則については *Theodor Maunz*, in: *Theodor Maunz/Günter Dürig* (Hg.), *Grundgesetz, Kommentar*, Stand November 201, Art. 80, Rn. 19. を参照。

全体としてみれば、ドイツの規律手法は歓迎されるべきものである¹⁷³⁾。和解裁判官手続と異なり、ドイツではメディエーションが国によって強制的に命じられたものではない以上、立法者が市場モデルやインセンティブモデルを自由に選ぶことができるのは疑いのないところであった。このとき、立法者は、MediationsG5条1項により「メディエーター」を、——選択的に——同条2項により「認証メディエーター」を予定する構造を採用することにした。これにより、連邦司法省は、メディエーター市場と養成市場が今後どのように推移するかを待つことができるだろう¹⁷⁴⁾。そしてその後で、MediationsG8条により、経験的に裏付けられた評価に基づいて、たとえば法律全体について予定された評価の枠内で、どのように命令権限が行使されるべきかが判断されることになるだろう。

b) 和解裁判官手続

ZPO278条5項に基づいてメディエーションの方法を取り入れることで、和解裁判官手続が当事者の意思に反してでも命じることできるという、本稿で主張される見解に従うのであれば¹⁷⁵⁾、このことによって、メディエーションの方法に関する和解裁判官の養成と研修について、国の責任が生じる。MediationsG5条と同6条は和解裁判官の修習(Schulung)には適用されない。もっとも、養成と研修が、和解裁判官の修習¹⁷⁶⁾、そしてこれに対応する連邦議会の法務委員会¹⁷⁷⁾による理由において展開された説明内容に沿うものであると考えるのは当然のことである¹⁷⁸⁾。

IV. 総括と展望

メディエーションとメディエーションに類する和解裁判官手続の規律が成果を収める要因には、実体法と手続法への制度的な統合、そして情報の不足と判断力の不足を克服

173) 同様の方向を示すものとして *Wagner*, ZKM 2012, 114.

174) 今後の動向を待つことについては *Mediationsgesetz/Greger* (脚注23) § 6, Rn. 1 も。速やかに公布することについては *Wagner*, ZKM 2012, 115.

175) より詳しくは上述 II.2.b).

176) 同様に *Mediationsgesetz/Fritz* (脚注29) § 278 ZPO, Rn. 90ff.; *Roland Fritz/Heiner Krabbe*, Plädoyer für Qualität und Nachhaltigkeit der Güterrichterausbildung, NVwZ 2013, 30f.

177) BT-Drucks. 17/8058 vom 1.12.2011, Begründung zu §§ 5 und 6 MediationsG.

178) 和解裁判官の養成と研修(Weiterbildung)については *Greger/Weber*, MDR 18/2012, 8. も参照。

することが含まれている¹⁷⁹⁾。法への制度的な統合は、とりわけ、メディエーションを利用する数々のインセンティブ、すなわち紛争解決制度に法的かつ組織的に定着させること、メディエーションの費用と効力に関する魅力ある規定、非公開に関連するものである。このとき、立法者は、とりわけ〔当事者の〕自由を可能にする法規範、すなわち、当事者が合意そのものによって生じさせることができない効力を含む規範を考慮すべきであろう。その例は、証言拒絶権と執行権である。情報の不足と判断力の不足を克服することは、当事者にのみ関わることではない。むしろ、このような克服は、紛争解決の「門番」たる、たとえば弁護士や裁判官、公証人に関わるものである。そのような欠如を克服するために、国による、かつ時間的に制限のある措置が考慮される。たとえば、費用へのインセンティブのみならず、構造的な規律、たとえば紛争解決方法に関する弁護士による適切な助言義務に関する規律である。規律目的は、とりわけ、私的自治に基づく紛争解決の支援、費用効率的な手続構造、そして利害関係者による正当な手続選択の促進であるだろう。そこから浮かび上がるイメージからは、メディエーションやメディエーションに類する和解裁判官手続も伝統的な裁判手続も、重要な機能を有することがわかるのである。

いましがた述べた大きな成果を収める規律の基準を、メディエーションとその他の裁判外紛争解決手続の促進に関する新たな法律におけるメディエーションと和解裁判官手続の形態に当てはめるとすれば、この新しい法律が双方の手続を制度的に統合したものであるとの全体像が浮かび上がる。訴状には、裁判外紛争解決手続の試み、とりわけメディエーションについて言及していなければならない、裁判所は、裁判外のメディエーションが適しているかどうかを検討し、かつこれを勧めなければならない。こうした検討において、和解裁判官手続が適しているかどうか、特にそのメディエーションに類する派生タイプにおいて、あわせて考慮に入れなければならない、さらに裁判所がこの手続を命じることもできる。基本的に、メディエーションの法律も和解裁判官手続の法律も、執行力と非公開、時効の停止を保証する。しかし、私的自治に基づく紛争解決の制度的な統合は、さらに改善の余地があるだろう。たとえば、本稿で取り上げたテーマは次の通りである。より早い、より具体的な、かつより強力な制裁を課す規範を通じた適切な手続選択の促進、裁判費用の枠内においてメディエーションにかかる費用を考慮するための連邦で統一された規律、メディエーション費用の援助の導入、最終合意の執行

179) この点について、比較法的な観点から *Hopt/Steffek* (脚注8) 110f.

力の緩和、メディエーション手続に弁護士が関与するための（間接的な）強制力がないこと、当事者によって共同で任意に処理される、当事者自身とその助言者に関するメディエーションにおける非公開に関する規定、メディエーションが行われる間の時効停止について証明責任を緩和した規定と除斥期間をメディエーションの停止効の範囲に加えること、である。

情報の不足と判断力の不足を克服するにあたって、この新しい法律は、部分的には正しい方向に進んでいる。既にこの法律そのものについて激しく議論が繰り広げられたことからして、公衆や関係する職業集団の情報に対して積極的な影響を及ぼしていた。この点は、連邦司法省によって、透明性の高い法律の起草作業に負うところも大きい。法律が公布された現在では、学説で取り上げられ、和解裁判官という職位が設けられ、かつ裁判所にメディエーションコーディネーターが新たに創設されることで、情報が広がりつつある。訴状において裁判外紛争解決について態度表明をしなければならないこと、裁判所が裁判外紛争解決の可能性を指摘できること、かつ和解裁判官手続の命令もまた、より適切な情報提供となっている。立法者は、職務に関する規律についても適切な構造を選択していた。メディエーション法は、市場が展開されることを待ち、かつ養成と研修に関する命令を通じて事後調整する可能性を開いている。もっとも、情報の不足と判断力の不足の克服を改善する余地もある。これには次の措置が含まれる。すなわち、既に取り上げたより迅速でかつ具体的な法的助言者の指摘義務、裁判費用の枠内において連邦全体に通用するメディエーションにかかる費用について部分的に考慮すること、たとえばメディエーターの報酬に限定した補助金というように、メディエーションに対する期限付の補助金である。次のようなインセンティブとなる効果も考慮されなければならない。つまり、メディエーションに類する和解裁判官手続は、場合によっては、訴訟費用扶助の枠内で公衆による財政支援を受ける訴訟当事者が、基本的には追加費用を払うことがないことによって生まれる効果である。他方、メディエーションは、メディエーション費用の援助の枠組みで促進されることはなく、各州が費用法をメディエーションに有利となるようにするかどうかは未知数なのである。

メディエーションと和解裁判官手続に関する法にとって好ましい基本構造は、手続の選択と手続の変更が、ドイツにおいてよりふさわしい紛争解決手続に向けて改善されるであろうという楽観主義を生み出すきっかけとなっている。それぞれのルールを評価するにあたって、紛争解決文化における変化はより長い期間を要することが考慮されなければならない。しかし、新たな規律が生まれるきっかけは既に生じている。2013年3月

12日および同年4月22日に、欧州議会と欧州理事会は、消費者事件における代替的紛争解決に関する指令¹⁸⁰⁾とオンライン紛争解決に関する規則¹⁸¹⁾を可決し、成立させた。さらに、欧州委員会は、事業者間の取引交渉における代替的紛争解決の改善について検討しているのである。

- *1：ローマ教皇の選挙（コンクラーヴェ）では、投票の結果、新教皇が決定された合図として、システリーナ礼拝堂の煙突から白煙が上がることになっている。2013年3月13日（現地時間）に、第266代目の新教皇としてアルゼンチン出身の大司教が選出されたことは記憶に新しい。ここでは、そのような比喩として用いられている。
- *2：メディエーションによって得られた結果に当事者が従う旨の合意を指す。この概念は MediationsG2 条 6 項 3 文に定める Abschlussvereinbarung と同義である。したがって、Abschlussvereinbarung についても、括弧書きで原語を明示した上で、同じ訳語をあてている。
- *3：私的メディエーションとは、双方の当事者とメディエーターのみが関与し、裁判所がまったく関与しないメディエーションのことを指す。
- *4：立法者または裁判所によって強制的に命じられるメディエーションのことを指す。
- *5：脚注26の調査研究に基づくアンケートにおいて、本文中に掲げた8つの指標を通じて、各事業者が当該手続を「有利である」と考える百分率の平均値を指す。
- *6：脚注26の調査研究によるアンケートには、その選択項目として「まったくない nie」「ほとんどない selten」「時々ある hin und wieder」「頻繁にある häufig」「常にある immer」がある。
- *7：この概念は、メディエーションの開始前にメディエーションの実施について交わされる合意のことを指す。他方、最終合意（*2も参照）の場合、メディエーションの開始後にメディエーションによって得られた結果に当事者が従う旨の合意のことを指すことから、この点で両者は区別される。

180) Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG (消費者事件 (Verbraucherangelegenheiten) における代替的紛争解決に関する指令)。

181) Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über die Online-Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten (オンライン紛争解決に関する規則)。

〔訳者後記〕

本稿は、マックス・プランク外国私法及び国際私法研究所（ハンブルク）の主任研究員であるフェリックス・シュテフェック（Felix Steffek）氏による *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (ZEuP) 2013, Heft 3, S. 528-564. に掲載された *Rechtsfragen der Mediation und des Güterichterverfahrens — Rechtsanwendung und Regulierung im Spiegel von Rechtsvergleich und Rechtstatsachen* を、同氏の承諾を得て翻訳したものである。

訳者は、2009年12月15日に龍谷大学で開催されたシュテフェック氏の講演会（主催：ヨーロッパ契約法研究会、龍谷大学法学会）においてパワーポイント資料の翻訳を担当した（当日の司会と議論の通訳は中田邦博教授（龍谷大学）が務められた）。同氏は、後に上記資料に文章を追加した論文を *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* (RabelsZ) に公表した（*Felix Steffek, Rechtsvergleichende Erfahrungen für die Regelung der Mediation, RabelsZ Bd. 74 (2010) S. 841-881.*）。訳者は、上記研究所での在外研究を機に、同氏と上記資料の翻訳について相談させていただいた折に、昨年ドイツでメディエーション法が成立し、上記論文にその情報も加えた論文の公表を予定していることを伺い、これについて翻訳する機会を与えていただくことになった。改めて同氏にこの場を借りてお礼申し上げたい。また、翻訳の快諾とともに、度重なる質問にも常に懇切丁寧にお答えいただいたことに深く感謝申し上げます。なお、本文中の訳語の検討にあたって、渡部美由紀「ドイツにおけるADR——メディエーション法の成立」法時85巻4号（2013年）44頁、およびZPOの条文訳について、法務大臣官房司法法制部編『ドイツ民事訴訟法典——2011年12月22日現在——』（法曹会、2012年）も参照した。なお、〔 〕および（*番号）はフェリックス氏への質疑応答を踏まえた訳者の補注を示す。

* 本稿は平成24年度関西大学在外研究による成果の一部である。