

《論説》

## ドイツにおけるメディエーションの促進に 関する議論状況

ーメディエーションと費用援助 (Kostenhilfe) の適用対象ー

秦 公 正

- 一 はじめに
- 二 メディエーション法の制定と利用者に対する費用援助
  - 1 メディエーション法制定前の状況
  - 2 メディエーション法の成立と費用援助の可能性
  - 3 メディエーション法 7 条に対する評価
- 三 援助対象としてのメディエーションに関する議論
  - 1 裁判例
  - 2 学説
- 四 その他のメディエーション促進方策の導入と評価
  - 1 メディエーションに関する無料の情報対話 (Informationsgespräch)
  - 2 訴状へのメディエーション実施に関する記載要求
- 五 おわりに

### 一 はじめに

日本において、主に民間 ADR の利用促進を目的とした裁判外紛争解決利用促進法 (以下、ADR 利用促進法という。) が施行されてから 10 年が経過した。ADR 利用促進法によって導入された国による認証制度を利用して、認証 ADR 機関として認められた事業者は、2017 年 10 月時点で 152 団体となった<sup>1)</sup>。認証 ADR 機関は着実にその数を増やしている。他方、そ

---

1) 法務省ホームページにおけるかいけつサポート (<http://www.moj.go.jp/KANBOU/ADR/>) による数字である (2017 年 10 月 25 日アクセス)

これらの団体が扱った事件数は、平成 23 年度の 1347 件（その時点で認証された団体は 110 事業者）をピークに減少傾向にあり、平成 27 年度は 1045 件（同 140 事業者）まで減少した<sup>2)</sup>。事業者数は順調に増えているにもかかわらず、むしろ取扱事件数は減少傾向にある。この背景に何があるのかは、なお十分な検討が必要であろう。ただ、それにしても、1 事業者が年間に扱う事件数は平均 7, 8 件にとどまっているのであり、苦勞して国の認証を得た各事業者はその能力をいかに発揮するまでには至っていないとの評価が適切のように思われる。

では、民間 ADR がいまだ十分に利用されていない原因はどこにあるのだろうか。ADR 利用促進法制定以前は、その原因の 1 つとして民間 ADR の中立・公平性に対する利用者の懸念が挙げられることが多かった。まさにそのような懸念を払しょくする観点から ADR 利用促進法は国による認証制度を採用し、認証の基準として、手続が公平に行われる措置が設けられていること（同法 6 条 3 号）、弁護士による助言を求められる体制があること（同 5 号）などの要件を設けたのである。にもかかわらず、民間 ADR の利用件数が前述した数にとどまっていることを考えると、結果としてその効果は限定的であったように思われる。そこで、ADR 利用促進法の所期の目的、すなわち、民間 ADR の利用促進という目的を十分に達成しようとするならば、新たな利用促進策が検討される必要があるのではないか。

ところで、EU では、国境をまたぐ民事紛争の解決手段として、域内の市民がメディエーションをどこでも利用できることを目的としたメディエーションに関する EU 指令<sup>3)</sup>に従い、構成国がそれぞれに内国法を整備してきた。日本民事訴訟法の母国であるドイツもまた例外ではなく、メディエー

2) 前掲注 (1) における取扱実績からの数字である。なお、終了した事件に占める和解の成立率は、概ね 40% 程度となっており、次に多い不応諾の割合は、30% 程度となっている。

3) 民事及び商事事件におけるメディエーションの特定面に関する EU 指令 (Rich-  
tlinie 2008/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 21.5.2008,  
Abl EU L 136/3)

ションを促進するための法律(以下、メディエーション法という)が制定され、2012 年 6 月に施行された<sup>4)</sup>。すでに施行から 5 年が経過したが、同法の立法当時から現在に至るまで、より強力な利用促進策を求める文献が散見されている。そこではとくに、促進策の 1 つとしてメディエーション利用者に対する費用援助(Kostenhilfe)が繰り返し問題となっている。その主な原因は次の点にある。すなわち、メディエーション法が、訴訟における民事訴訟法(ZPO) 114 条以下のような資力の乏しい者に対する資金的な援助を明確に規定しなかったためである。

日本でも、最終的に ADR の利用を希望する資力の乏しい者を明確に法律扶助の対象とする規定は ADR 利用促進法には設けられなかったため、同法の施行後もそのような手当てが必要との見解が存在していたところ<sup>5)</sup>、平成 26 年に設置された総合法律支援法の充実にむけた有識者検討会(座長:伊藤眞早稲田大学大学院法務研究科教授〔当時〕)において、あっせん・調停型 ADR は同法の援助対象になりうるとの理解の下、民事法律扶助の適切な活用の重要性が示された<sup>6)</sup>。しかし、一方であっせん・調停型 ADR の費用を援助対象とする理論的根拠はどこに求められるのか、どのような ADR 機関までが対象に含まれるべきか、といったことが問題となりうる。そこで、本稿では、すでに裁判例や学説においてメディエーション費用援助の議論が先行しているドイツ法を取り上げ、メディエーション法の施行

4) Das Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung (BGBl I 2012, 1597) メディエーション法の概要については、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」法律時報 85 巻 4 号 44 頁以下(2013)、拙稿「仲裁文献紹介(288)」JCA ジャーナル 59 巻 11 号 74 頁(2012)、近時のドイツの ADR の状況については、垣内秀介「ADR をめぐるドイツの状況」仲裁と ADR 11 巻 1 頁以下(2016) 参照

5) 山本和彦=山田文『ADR 仲裁法』(日本評論社, 2008) 259 頁、青山善充「今、ADR に望むこと」法律時報 85 巻 4 号 9 頁(2013)

6) 充実した総合法律支援を実施するための方策についての有識者検討会報告書(有識者検討会の議事録等については、法務省ホームページ <http://www.moj.go.jp/housei/sougouhouritsushien/shingi03700023.html> 参照)

前から現在に至るまでの議論状況を紹介する<sup>7)</sup>。

## 二 メディエーション法の制定と利用者に対する費用援助

### 1 メディエーション法制定前の状況

ドイツでは、連邦や州の財政状況の悪化を受け、1990 年後半以降、裁判外紛争解決の促進を行う動きが活発になった。1999 年には、民事訴訟法施行法 (EGZPO) を改正して、義務的調停制度が導入された (EGZPO15a 条)<sup>8)</sup>。これは、少額事件や相隣関係事件など一定の民事事件につき、州の立法によって訴え提起の要件として調停の試みの実施を当事者に義務付けることを可能とするものである。この開放条項 (Öffnungsklausel) により、約半数の州において義務的調停制度が導入された。しかし、その効果は限定的で、現在では多くの州が制度の実施をやめている。

上記制度の導入後間もない 2001 年には、民事訴訟法 (ZPO) の改正により民事訴訟手続内における和解前置が定められ、紛争の合意による解決のための和解弁論が口頭弁論に先行することとされた (民事訴訟法 278 条 2 項)。

これとほぼ同時期に各州の裁判所において訴訟内での裁判外紛争解決の利用に向けたモデル・プロジェクト (Modellprojekt) が開始する。2001 年には、ニーダーザクセン州において裁判所付設メディエーション (gerichtsnahe Mediation) を実験的に行う最初のモデル・プロジェクトが実施された<sup>9)</sup>。この影響を受けたバイエルン州やテューリッゲン州では、判決権限を

7) もちろん、ドイツの訴訟・手続費用援助 (Prozesskostenhilfe, Verfahrenskostenhilfe) やメディエーション費用援助 (Mediationskostenhilfe) は日本の民事法律扶助とは異なる制度であり、ドイツの議論がそのまま日本に妥当するわけではないことは言うまでもないが、ドイツではメディエーション法の制定に関係して援助に関する議論が深まりつつあり、参考になる部分があると考えた。

8) 制度の詳細については、拙稿「民間団体 ADR における紛争解決の試みと調停前置主義の適用に関する研究—ドイツにおける義務的調停制度 (ドイツ民事訴訟法一五条 a) を参考に—」平成法政研究 9 巻 1 号 169 頁 (2004)。

9) ニーダーザクセン州における裁判所付設型メディエーションの実情について

持たない裁判官(和解裁判官)が和解弁論を行うモデルが実験的に導入された。いわゆる裁判官ミディエータ(richterlicher Mediator)と呼ばれた制度である。一方、このようにプロジェクトの担い手の多くが、裁判所が行うメディエーションに限定されたことは、プロジェクト提案者の当初の意図からはずれるものであったようである。なぜなら、提案者の意図は、裁判外も含めてメディエーションを促進することに重点が置かれていたからである。しかし、他方でこのような展開はある程度予想されていた。それは、すでに係属している事件を裁判所外のメディエーションで解決を試みるには手続法、費用法上の問題があるため、当事者や代理人が裁判所内メディエーション(gerichtsinterne Mediation)を試みるのが想定されたからである<sup>10)</sup>。

## 2 メディエーション法の成立と費用援助の可能性

2008年、EUでは、EU域内での国境をまたぐ紛争の解決におけるメディエーションの質確保等を目指して、2008年5月21日の民事及び商事事件におけるメディエーションの特定面に関する指令(前掲・脚注3))が出された。この指令により、構成国は3年以内に内国法の整備に取り組むことになった。2010年8月、ドイツ連邦司法省は、メディエーション法の立法化へ向け、法律草案(Referentenentwurf)を公表した<sup>11)</sup>。この法律草案において、メディエーション利用者に対するメディエーション費用援助(Mediationskostenhilfe)は規定されず、「研究計画(Forschungsvorhaben): 資金的なメディエーションの促進」が規定されるにとどまった。研究計画の

は、国分貴之「ドイツにおけるメディエーション法の成立とメディエーションの手続の実情」NBL1012号38頁(2013)、とくに45頁以下が詳しい。

10) Walther Gottwald und Reinhard Greger, Alternative Konfliktbehandlung im Zivilprozess, ZKM 3/2016, S. 84~S. 88

11) この法律草案のメディエーション利用者に対する資金的な援助の内容は翌2011年4月1日の連邦政府法案と同内容である(規定内容についてはBT-Drucks. 17/5335, S. 6を参照)。

内容は、各州のために、資金的なメディエーションの促進を調査するため、連邦と州が学術的な研究計画を合意できるというものである（現行メディエーション法7条1項と同じ）。しかも、その研究計画の対象は家庭事件（Familiensache）に限定されていた。その理由は次の点にある。すなわち、家庭事件においてはメディエーションに適した紛争が頻繁に問題となること、また、その領域では手続費用援助のための出費が特に高く、そして増加している。そのため、この分野のメディエーションを促進して州財政の負担を軽減したいということである。

しかし、この司法省の法律草案ならびにそれと内容を同じくする2011年4月1日の連邦政府法案（Das Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 01.04.2011 BT-Drucks.17/5335, S.6 参照）に対しては、次のような意見が出された。例えば、連邦弁護士連合会（Bundesrechtsanwaltskammer: BRAK）は、消費者の利益という観点から費用援助が必要であり、この援助は平等取扱の意味でも暫定的な研究計画における承認にかからしめるべきではないとし、他方、研究計画を家庭事件に限定することは立法者の意図に反するものであるとする<sup>12)</sup>。メディエーション法の目的はそれに適した事件におけるメディエーションの促進であり、家庭事件におけるメディエーションだけの促進ではない<sup>13)</sup>。また、Greger も、「経済的に弱者である紛争当事者が国家費用にもとづく訴訟費用援助の方法で訴えを提起するのに、裁判外紛争解決の費用について援助を受けられないのは不合理である」<sup>14)</sup> とし、また、そのような状況は「司法資源の重大な誤操縦につながるだけでなく、不必要な訴訟費用援助サービスによる国家財政の相当な

12) Ausschuss Außergerichtliche Streitbeilegung Bundesrechtsanwaltskammer, Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer zum Referent en entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung, 2010, S. 14ff.

13) Fritz/Pielsticker, Mediationsgesetz, 2013, S. 234

14) Greger, Auf dem Weg zu einem deutschen Mediationsgesetz, ZKM 4/2010, S.

負担につながる…立法者は少なくとも特定の紛争につき、適切に上限の設けられた訴訟費用援助に類似した援助を導入すべきである」と述べた<sup>15)</sup>。

その後、連邦議会はさらなる討議のために同法案を法務委員会に送付した。法務委員会から出された推薦案 (Beschlussempfehlung) では、研究計画の家庭事件への限定が削除され、すべての事件が計画の対象となった<sup>16)</sup>。法案は、調整委員会 (Vermittlungsausschuss) へと送付され<sup>17)</sup>、最終的に2012年6月、連邦議会と連邦参議院において受け容れられた。これにより、立法期限から約1年遅れで、メディエーション法が成立した。同法はEU指令で要求された国境をまたぐ紛争に対象を限定せず、内国事件についても効力を認め、メディエーションの定義、メディエータの中立性、守秘義務などが定められた。前述のように、メディエーション利用者に対する資金的な援助は、法務委員会の推薦案に従い、家庭事件に限定しない研究計画となり、最終的にそのような形で規定された (メディエーション法7条)。

### 3 メディエーション法7条に対する評価

最終的に、立法者は、州の財政事情を考慮して、訴訟費用援助 (Prozesskostenhilfe) のような規定をメディエーション法に入れることができなかった。同法7条が、上述したような研究計画という形をとったこと、しかも、その実施が連邦と州の裁量になっていることに対してはかなりの批判が加えられている。前述した連邦司法省草案に対する Greger の批判に加え、例えば、Pielsticker は次のように述べる<sup>18)</sup>。「メディエーション法の目的はメ

15) Greger, Die Reglementierung der Selbstregulierung – Zum Referentenentwurf eines Mediationsgesetzes, ZRP 7/2010, S. 212f. その際、Greger は、メディエーションをする合意や訴訟 (手続) 費用援助の請求が特に多い、家庭裁判所の管轄にある紛争を第一に考慮されるべき紛争類型として挙げている。

16) BT-Drucks. 17/8058, S. 7, 20

17) 調整委員会における重要な変更は、判決権限を持たないが、メディエーションも提供することができる和解裁判官 (Güterichter) 概念が導入されたことである。

18) Fritz/Pielsticker, a.a.O., 2013, S. 242ff. が詳しい。

## ドイツにおけるメディエーションの促進に関する議論状況（秦）

ディエーションの促進と国家裁判所の負担軽減を目的としているにもかかわらず、その受け入れを早期に促進する刺激、資金的な刺激も有していない。…メディエーションの利用者に対する資金的な援助を設けなかったことは、裁判外紛争解決とメディエーションの促進に反しており、…司法の負担軽減にもつながらない。立法者が…特定の紛争の種類に制限・上限を設けて、資金的援助の規定を設けずに、ただ研究計画だけを促した背景は理解できない。」と。

### 三 援助対象としてのメディエーションに関する議論

ドイツの現行法上、メディエーションは訴訟（手続）費用援助の対象となり得ないのか、また、仮にそれが肯定されるとしてその論拠はどこに求められるのか。そして、援助はどのような場合に認められるのか、より具体的には、手続係属中に裁判所で行われるメディエーションに限定されるのか、裁判外のメディエーションも含まれるのかなどが問題として考えられる。そこで、本節では、裁判例と学説に分け、メディエーションの費用援助に関するドイツの議論状況を見ることにする。

#### 1 裁判例

##### （1）消極例

メディエーションは訴訟費用援助の対象にならないとした代表的な裁判例として、OLG Dresden Beschl.v.9. 10. 2006-20 WF 739/06 FamRZ 2007,489がある。

〔事案の概要〕訴訟費用援助を認められた申立人が、被申立人との間で、子の親権に関する争いをしており、家庭裁判所における期日後、家庭裁判所の勧めにもとづき、メディエーションを行った。その際、申立人はそれまで手続に関与していなかった弁護士に事件を依頼した。そこで、申立人は家庭裁判所に対し、すでに認められている訴訟費用援助をメディエーションの費用に拡大する申立てを家庭裁判所に行ったが、裁判所はそれを認め

なかった。申立人は即時抗告を行った。抗告裁判所は、結論として抗告を認めなかった。

〔裁判所の判断〕「なされた抗告は、…理由がない。当法廷は、以下のような家庭裁判所の見解を共有する。すなわち、現行法は、当事者に発生する裁判外のメディエーションの費用を当事者に認められた訴訟費用援助を越えて差し引く可能性を開いていない。

訴訟費用援助は、民事訴訟法 122 条に挙げられた費用のみをカバーしている、すなわち、裁判費用、司法補助官費用、当事者の利益の実現のために手続に付き添われた弁護士の請求権である。そこには、以下の場合でもメディエーションの費用が含まれることはない。すなわち、裁判外メディエーションが裁判所の勧めにもとづき、すでに係属中の法的紛争の解決のためになされる場合である。当事者は、メディエーションによって紛争解決の追加的なチャンスを開いた。そのチャンスは、意図的に裁判外に位置しており、まさに、その事実から直接、その紛争解決の潜在能力を受け取るものである。それゆえ、関連する費用規定の文言…も、メディエーションの意義や目的も、これを費用法上裁判手続の一部として把握することを排除している。…それゆえ、結論として、その種の費用は、資力の乏しい当事者を訴訟費用援助に関して救い出すことができる裁判費用ではない。

それに対し、抗告によって申し立てられた憲法上の考慮は、当裁判所を納得させるものではない。両当事者は、その親権法上の紛争を解明するために裁判所の助けを求め、それについて訴訟費用援助を要求することを妨げられなかったし、また、妨げられていない。…それゆえに、抗告は棄却される」

本件は、係属中の親権に関する事件が家庭裁判所の勧めにより、裁判外のメディエーションで扱われた事件である。裁判所は、裁判外メディエーションの費用は、文言上も、また、メディエーションの目的や意義という点からも民事訴訟法 122 条の援助対象たる費用に該当しない、当事者には裁判所に出訴する道は保障されており、憲法上も問題ないという理由で訴

訟費用援助を認めなかった<sup>19)</sup>。

## (2) 積極例

一方で、メディエーションが訴訟費用援助の対象となる可能性を肯定した裁判例には次のようなものがある。

OLG Rostock, Beschuss v.5.1.2007-8 W 67/06-8 W 68/06 AGS 2007, 126=JurBüro 2007, 194

〔事件の概要〕原告が被告に対し、賃金の支払いを求めた訴訟で、原審はおおむねその請求を認めたのに対し、被告が控訴を提起した。Rostock 州上級裁判所は、民事訴訟法 278 条 1 項、5 項 1 文、3 文、民事訴訟法 251 条を準用する民事訴訟法 525 条 1 文を指摘して、メディエーションのために手続の休止を命じ、事件を州上級裁判所の裁判官メディエータに提示した。メディエーションの失敗後、職権で訴訟手続が再開された。控訴は大部分が棄却され、控訴手続の費用は被告に負担させられた。そこで原告は訴訟費用の確定手続を申し立て、その額は 8819,36 ユーロであると主張した。争われたのは、メディエーションの費用が裁判費用とは別に計算されるのかどうかであり、Rostock 州上級裁判所は、メディエーションが司法権の行使と言えるかを問題とする。

〔裁判所の判断〕「憲法 92 条の憲法上の司法概念が決定的に問題である。それによれば司法権は、裁判官にだけ委ねられる。しかし、司法概念の定義は、憲法にはない。…もともと、その概念を単に拘束力ある裁判の基準で測るならば、これにより、裁判官メディエータの活動を司法の職務と解することはできない。メディエーション、裁判官のメディエーションも、ただ、両当事者に役立つ解決策の探索の際に紛争当事者を援助することだけに役立つ。メディエーションの特殊性の 1 つは、まさに以下のことになる。すなわち、メディエータが裁判権限を持たず、両当事者が平和的な合

19) この裁判例については、Koch, Konflikthilfe für außergerichtliche Streitbeilegung, ZKM 3/2007, S. 71 とくに S. 72 において詳しく検討されている。

意を見つけるのを助けるということである。他方で次のことには争いが無い。それは民事訴訟法 278 条 1 項による裁判官による紛争当事者の平和的な合意の促進あるいは民事訴訟法 278 条 2 項による和解弁論は、裁判官の司法活動ならびに司法活動の準備と考えられるということである。民事訴訟法 278 条 5 項 1 文によって受命され、あるいは、受託された裁判官、その者に紛争の裁判は任されていないが、の活動も裁判官の活動である。さらに、Rostock 州上級裁判所における通常の休止決定及びメディエーション部への移送決定は、裁判外の場合への移送ではなく、同裁判所の幹部会を通したメディエーション部の決定にしたがった地方裁判所内の場所への移送である。それゆえ、当法廷は裁判例及び文献において主張されている見解に同意するものであり、それによれば、裁判官メディエーションにおいても本来の司法の職務が問題となっているとする…。それにより、裁判所のメディエーション手続は手数料法上、裁判手続の構成部分であり、したがって、訴訟手続の原告人に保障された手数料をもって訴訟代理人のその審級におけるすべての活動が支払われる。」

本件では、裁判所が民事訴訟法 278 条 5 項 1 文に基づき、事件を裁判官メディエータに移した事件であるが、当該規定によって受命あるいは受託裁判官（紛争を裁判する権限のない）の活動も裁判官の活動であるから、裁判官メディエータの活動は裁判手続の構成部分であり、その費用は同法 91 条の訴訟費用に含まれると結論づけた<sup>20)</sup>。本件は、訴訟費用援助がメディエーションの費用に適用されるかが直接問題とされた事案ではない。しかし、91 条の訴訟費用は 122 条の費用援助の対象とされているため、この事案は実質的に裁判官メディエータの費用が訴訟費用援助の対象となることを認めたとと言える。

20) OLG Celle, Beschl. v. 5.12.2008-2 W 261/08 (LG Verden) も、裁判官メディエータのもとでの和解弁論の場合、メディエーション手続は裁判手続の構成部分であることを理由に訴訟費用に含まれるとする。

AG Eilenburg, Beschluss v.20.4.2007-2 F 168/07 FamRZ 2007, 1670

〔事案の概要〕申立人は相手方との間で問題となっている面会交流の事案につき、裁判所から訴訟費用援助を認められた。両当事者はすでに裁判外でメディエーションを試みており、また区裁判所の非公開期日においてさらなるメディエーションが可能であることを説明した。そこで、裁判所は、非訟事件手続法 (FGG)<sup>21)</sup> 52 条に従い、職権で相応なメディエーションを命じた。そこで、メディエーションの費用（付き添いを命じられたメディエータの費用）が訴訟費用援助の対象になるかが問題となった。

〔裁判所の判断〕Eilenburg 区裁判所は、結論として、この事案におけるメディエータの費用は訴訟費用援助の対象となるとし、消極説に立つ Dresden 裁判所との事案の違いを次のように述べる。「本件は、以下の点において異なっている。すなわち、裁判所がその職権探知義務ならびに非訟事件手続法 52 条の枠内で、職権で紛争解決の手段としてメディエーションを用いたという点である」。その上で、付き添いを命じられた弁護士の報酬請求権は、民事訴訟法 122 条 1 項 3 号により訴訟費用援助の対象となっていること、メディエータは弁護士報酬に関する法律 (RVG) により、相談活動、鑑定活動、メディエーション活動に対し報酬を受けるが、文献上、そこのメディエーションについては、裁判手続内・外の区別がなされていないこと、同文献によればメディエーションにおいて民事訴訟法 91 条以下の訴訟費用が問題となると述べ、「当裁判所は、少なくとも、この具体的な事情において、裁判所に命じられたメディエーションのための費用償還を、訴訟費用援助の枠内で可能であると考える」と判示した。

本件では、裁判所が離婚付随事件につき、職権でメディエーションを命じた事案である。事案の詳細は不明であるが、特徴は、裁判手続内・外のメディエーションを問わずに、費用援助を肯定した点と思われる。

---

21) 非訟事件手続法 (FGG) は、2009 年の家事非訟事件手続法 (FamFG) の施行に伴い削除された。

OLG Köln, Beschl. v. 3.6.2011-25 UF 24/10 (AG Köln-312 F 143/09)  
ZKM 1/2012 S.29ff.=MDR 2011,1497

〔事案の概要〕父Xと母Yは子M(2005年8月28日生まれ)の両親であるが、法律上の婚姻をしていない。Mは現在単独親権を持つYと同居している。XはYとの間で面接交流に関する争いが生じ、事件は家庭裁判所に持ち込まれた。その際、Xには手続費用援助が認められた。裁判所は詳細に面接交流を定めたが、それに対しYが抗告を申し立てた。その後、裁判所は、両当事者の同意の下、XとYがMに対しどのような役割を担うかについての解決策を、メディエータが関与して見つけることを試みられるよう、期限を定めない手続を設定した。そこで、Xが手続費用援助の対象をメディエーションにも拡大することを申し立てた。

〔裁判所の判断〕Köln州上級裁判所は、結論として以下のように述べる。「少なくとも、裁判所がメディエーションを提案し、その手続を休止し、それが期限なく設定され、あるいは休止するようなケースでは、訴訟費用援助は裁判所付設あるいは裁判所内メディエーションの費用についても保障されうるものであり、ならびに、すでに訴訟費用援助が保障されている場合には、このメディエーション費用は当該訴訟費用援助に含まれる」と。その上で、その理由づけとして憲法上の観点を挙げていることが注目される。すなわち、連邦憲法裁判所は、「法治国家においても、原則として、まず争いのある問題状況を裁判官による紛争の裁判によってではなく、合意による解決によって除去することに優先性がある」(BVerfG, Beschl. v. 14.2.2007-BvR 1351/01, NJW-RR 2007, 1073)としており、それに従うと、「裁判所による争訟裁判ではない紛争解決の可能性がすべての当事者に開かれてなければならない。資力の乏しい者の権利追求や防御が資力のある者と比べて不釣り合いに弱められてはならない」(連邦憲法裁判所の確定判例 BVerfGE 9,124 [130f]; 最近ではさらに BVerfG, Beschl. v. 9.11.2010-1 BvR 787/10, AGS 2011, 31; Beschl. v. 22.2.2011-BvR 409/09=EuGRZ 2011, 177 参照)のであるから、「資力のある者は権利保

護の実現のためにメディエーションの手段を持ちいることができるが、資力のない者はそれができず」、それらの者を裁判所の裁判に向かわせること（しかも、メディエーションの方法が紛争解決により適していると考えられ、そこから裁判所がメディエーションを自ら提案したような場合）は、「基本法 20 条 1 項と 3 項と関連する基本法 3 条 1 項から生じる資力の乏しい者の権利保護の平等性を求める権利に一致していない」とした。そのうえで、前述したような解釈は、「権利保護の平等性を求める権利は、裁判所の領域のみならず、裁判外の領域にも及ぶ」とする連邦憲法裁判所の判例（BVerfG, Beschl. v.9.11.2010-1 BvR 787/10 AGS 1/2011, S.31）からも要求されるとした。

本件には、2 つの特徴があると思われる。第 1 に、裁判所が裁判所付設メディエーション及び裁判所内メディエーションの費用が訴訟費用援助の対象となるとした点である。裁判所付設メディエーションとは、訴訟係属中に裁判所により提案されたメディエータ（例えば、弁護士メディエータや家族療法師）により行われるメディエーションのことである<sup>22)</sup>。裁判所による提案の根拠条文は、2012 年改正前民事訴訟法 278 条 5 項 2 文（現行法は同 278a 条）であった。本決定は、裁判所外（外部委託型）のメディエーションも援助対象と判示した点で Eilenburg 区裁判所の判断と共通する。もう 1 つの特徴は、援助対象となる論拠を、従前の連邦憲法裁判所の判例、憲法上の平等原則（3 条 1 項）、社会国家原則（20 条 1 項、3 項）から導いた点である。

## 2 学説

ドイツの現行制度上、メディエーションが行われる場合にはいくつかのパターンがある。それは大きく分けると以下 3 つである。第 1 に、訴訟係

---

22) Hess, Mediation und weitere Verfahren konsensualer Streitbeilegung – Regelungsbedarf im Verfahrens- und Berufsrecht?, Gutachten F zum 67. Deutschen Juristentag Erfurt 2008, F19

属中に裁判所の命令により和解裁判官 (Güterichter) の下でメディエーションが行われる場合 (2012 年改正法。民事訴訟法 278 条 5 項 1 文)、第 2 に、同じく訴訟係属中に裁判所に命令あるいは提案されて裁判外のメディエーションを行う場合 (民事訴訟法 278a 条、家事非訟事件手続法 36a 条、135 条、156 条 1 項)、訴訟係属とは無関係に裁判外メディエーションが行われる場合である。これらのメディエーションにつき、その利用者に対する費用の援助はどう考えられているのか。文献上、引用されることが多い見解を以下見ていくことにする。

### (1) Spangenberg の見解<sup>23)</sup>

Spangenberg は、現行法の解釈上、一定の範囲でメディエーションについて費用援助が認められるとした。より具体的には、離婚付随事件において裁判所によってメディエーションに関する無料の情報対話 (Informationsgespräch) が命じられ (家事非訟事件手続法 135 条参照)、それによりメディエーションが行われた場合には、解釈上、メディエーションの費用は訴訟 (手続) 費用援助の対象になるという<sup>24)</sup>。Spangenberg は、その論拠として、主に、憲法上の要請をあげる。すなわち、憲法 20 条 1 項が定めている社会国家原則及び 3 条 1 項の一般的平等原則は、資力のある者と資力の乏しい者の権利保護の領域における広範囲の平等を求める権利を保障しており、また、資力の乏しい者は、見込みを合理的に考慮し、費用リスクを顧慮する資力のある者と同等に置かれねばならない。このことから、少なくともメディエーションが家事非訟事件手続法 135 条 1 項によるメディエーションに関する情報対話の命令によって先導された場合には、資力の

23) Spangenberg, Mediationskostenhilfe ein Verfassungsgebot?, FamRZ 2009, 834f.

24) Spangenberg, a.a.O., S. 835。一方、Kalthoener, Prozess- und Verfahrenskostenhilfe, Beratungshilfe, 8. Aufl., 2016, S. 9 は、裁判外メディエーションへの参加につき、ミディエータの報酬の決定と限界を含む拘束力ある法律上の規定は、憲法上の観点から不可避であるとする。

乏しい当事者はメディエーション費用援助を求める権利を有すると結論づけた<sup>25)</sup>。ただ、濫用を避けるために、裁判所が裁判外のメディエーションに対し、訴訟費用援助の時間的、財政的な枠を規定することが望ましいとする。

(2) 連邦共同作業体家族メディエーション (Die Bundesarbeitsgemeinschaft Familienmediation 以下、BAFM という) の立法提案<sup>26)</sup>

メディエーション費用援助を制度上導入すべきとする見解として、2006年のBAFM団体会議の提案が挙げられる。BAFMは、裁判所の指摘に基づいて裁判外紛争解決の可能性の情報を得た当事者には、そのような手続に対する費用援助が訴訟費用援助と同じ要件で保障されるのが望ましいとした。その理由についてBAFMの広報担当者であるWillは、家事メディエーションの領域では、自由な市場が存在しないことを挙げる。すなわち、そこに登場する者の大多数は収入が少なく、メディエーションのために市場における通常の価格を支払うことができないため、そのような範囲の者に対し、メディエーションへのアクセスを保障する必要があるからと述べる<sup>27)</sup>。

(3) Kochの見解<sup>28)</sup>

Kochは、裁判所に提案され、実施されたメディエーションへの訴訟費用援助規定の適用について消極説に立ったOLG Dresden Beschl. v. 9. 10. 2006に対し、次のように反論する。すなわち、Dresden州上級裁判所が、

25) これに対しては、家事非訟事件手続法135条からはメディエーション費用援助を求める権利を導き出すことはできないとする反対説がある (Greger/Unberath/Greger, MediationG, 2012, S. 217)。

26) <https://www.bafm-mediation.de/wp-content/uploads/image/images/MedKoHi.pdf> (2017年11月15日アクセス)

27) Will, Zugang zur Mediation, ZKM 4/2016, S. 149

28) Koch, a.a.O., S. 71

裁判外のメディエーション費用は民事訴訟法 122 条に挙げられた費用に含まれないとしたことに對し、第 1 に、それは民事訴訟法の立法者により明示的に要求された裁判所の平和的職務 (民事訴訟法 278 条) を見誤るものであるとする。同条 5 項 2 文 (2012 年改正前) は、裁判所が当事者に対し裁判外の紛争解決を提案することができ、それは明らかに裁判手続を超えているからである。また、同決定は、訴訟費用援助の基礎を表し、憲法 20 条 1 項の法治国家原則や 3 条 1 項の平等性から引き出される権利保護の平等性を十分考慮していない。費用援助を直接裁判手続の構成要素である手続に限定することはできず、それは、“権利へのアクセス (Zugang zum Recht)” を可能にするもので、単に“裁判所へのアクセス (Zugang zum Gericht)” を可能にするものではない。これはヨーロッパ指令の立法者の見解でもある<sup>29)</sup>。

その上で、家庭事件が訴訟費用援助の大部分を占めていることを前提として、訴訟前の紛争解決が訴訟を回避することになるならば、それがうまくいけば訴訟費用援助が生じないのだから、裁判外あるいは裁判前のメディエーションに国家による費用援助をすることが一貫していると述べる。また、費用負担の問題は家族メディエーションだけに生じるわけではなく、裁判所の手続に限定しない承認要件を有する、すべての裁判外紛争解決を包括する規定が望ましい。具体的には、係属中の訴訟において訴訟費用援助が認められた者が、裁判所の、あるいは、裁判外のメディエーションを指示された場合 (2012 年改正前、民事訴訟法 278 条 5 項 2 文)、そのメディエーションについても申立てにより費用援助を受けられるという形で、訴訟費用援助の裁判外の射程に存在する疑義を除去する明確な規定を民事訴訟法に設けること、および、訴訟費用援助の承認が先行していなくても裁判外の紛争解決だけの独自の費用援助が可能とされねばならないことを主張した<sup>30)</sup>。

29) Koch, a.a.O., S. 72

30) Koch, a.a.O., S. 74ff.

(4) Greger の見解<sup>31)</sup>

Greger は、少なくとも特定の紛争につき、適切かつ上限を設け、訴訟費用援助を類推する形でメディエーション費用援助の規定を導入すべきことを主張した。Greger の主張はまとめると概ね次のようになる。「裁判外紛争解決が費用の理由から使われないという理解は正しくない。多くの裁判外紛争解決は無料もしくはわずかな手数料で利用できる。純粋な裁判外紛争解決の受け入れの障害は、現存する訴訟費用援助が表している。すなわち、資力の乏しい権利追求者は裁判外の紛争解決の費用は自ら負担しなければならないのに対し、訴訟は無償で行うことができるからである。これは司法資源の重大な誤操縦につながるだけでなく、不必要な訴訟費用援助サービスによって財政の相当な負担につながる。立法者は仕事をやり遂げ、少なくとも特定の紛争類型について、適切かつ上限を設けて、訴訟費用援助を類似する形で費用援助の規定を導入すべきである。その対象としては家庭事件が考えられる。なぜならそこではメディエーションの合意が多く、また、訴訟（手続）費用援助の申立てが非常に多いからである」と。

以上の積極説の内容を見ていくと、いくつかの共通点を挙げることができる。第 1 に、現行法の解釈上、メディエーション費用が訴訟費用援助の対象となることを肯定する見解が存在する。とくに、援助対象は、何らかの形で裁判所が裁判所内あるいは裁判外のメディエーションを先導し、その結果として、当事者がメディエーションを実施した場合である<sup>32)</sup>。そして、その論拠として、憲法 20 条 1 項や 3 条 1 項から導かれる権利保護の

31) Greger, a.a.O., S. 212f.

32) Musielak/Borth, Familiengerichtliches Verfahren 1. und 2. Buch FamFG, 5. Aufl., 2015, S. 396 も、メディエーション法による裁判外紛争解決のさらなる促進によって明らかとなった立法の評価を顧慮すると、手続費用援助の要件が存在するケースでは、裁判所付設あるいは裁判所内メディエーションにおいてこれを承認すべきであるとする。

平等性が挙げられている。第 2 に、メディエーション費用援助を立法論として考える場合、家庭裁判所が管轄を持つ家庭事件を対象とする見解が多い。それは、現在、訴訟(手続)費用援助が申請される事件の多くを家庭事件が占めているためである<sup>33)</sup>。たしかに訴訟費用援助によりひっ迫している州財政を考慮した場合、その大部分を占める家庭事件をまずメディエーション費用援助対象として、財政の改善を図るべきという説明は理解できなくはない。しかし、他方、費用援助の必要性は家庭事件に限られた話ではないとの Koch の指摘はその通りであると思われる。

以上に対し、メディエーションの費用援助に対し、慎重な立場をとる説を次に紹介する。

#### (5) Prütting の見解<sup>34)</sup>

Prütting は、次のように述べてミディエータの費用は手続費用援助の対象にならないと論じている。すなわち、「メディエータの費用は法律上の根拠がないため手続費用援助の枠内で償還されない。というのも、それは民事訴訟法 122 条に挙げられた費用に属していない」し<sup>35)</sup>、Spangenberg の

33) 訴訟費用援助が認められたケースの 80 % 以上が、家事手続であったという (Musielak/Fischer, ZPO, 4. Aufl., 2005, § 114 Rz. 2 m.w.N.). 2009 年の家事非訟事件手続法の施行により、名称が手続費用援助 (Verfahrenskostenhilfe) となっている (FamFG § 76 Abs. 1 参照)。

34) Prütting / Helms / Prütting, FamFG, 3. Aufl., 2014, S. 348 ただし、Prütting も、裁判所内メディエーション及び裁判所付設メディエーションにおいて付き添いを命じられた弁護士報酬については、民事訴訟法 122 条の費用に該当するとの理由で手続費用援助の対象となるという。その他、消極的な理解を示す見解として、Thomas/Putzo, ZPO FamFG § 135, 35. Aufl., S. 1632 は、「家事非訟事件手続法ならびにメディエーション法も費用援助の規定を設けていないことを理由に消極に解することが許される」とする。同じく、Roth, Die Familiensachen der FamFG, JZ 17/2009, S. 806 も消極説に立つ。

35) 同様に、民事訴訟法 122 条 1 項に挙げられた費用にあたらないという理由で、弁護士および裁判外メディエータの報酬は訴訟費用援助によって償還されないとする見解として、Kalthoener-Büttner-Wrobel-Sachs, Prozess- und Verfahrenskostenhilfe, Beratungshilfe, 8. Aufl., 2016, S. 9 がある。

主張などとは反対に、それは「憲法上の理由からは命じられない」<sup>36)</sup>。「司法行為請求権を合意による紛争解決に拡大することは適切でない。なぜなら、裁判所付設メディエーション手続 (gerichtsnahes Mediationsverfahren) は裁判手続に対して追加的な可能性を表すに過ぎないからで、他方、訴訟手続は常に保障されねばならないからである…メディエーション費用援助は、メディエーションおよび他の裁判外紛争解決手続を促進するための法律の推薦提案への相応な批判にもかかわらず法律に採用されなかった」。

Prütting の見解のように、伝統的にはメディエーション費用は訴訟費用援助の対象とはならないとする見解が多かったように思われるが、これまで見てきたように、メディエーション法の制定や近時の連邦憲法裁判所の判例の動向、費用援助を一定範囲で肯定する下級審裁判例などの登場により、徐々にメディエーション費用にも援助を拡大していこうとする見解が数を増やしているように思われる。

#### 四 その他のメディエーション促進方策の導入と評価

メディエーションの利用促進方策という観点からは、メディエーション利用者に対する費用援助以外にも、例えば、メディエーションの実施を義務付ける制度の導入などが考えられる<sup>37)</sup>。ここでは、近年、ドイツで採用されたメディエーション促進方策を2つだけ紹介し、合わせてドイツにお

36) Greger/Unberath/Greger, a.a.O., S. 216 も、メディエーション費用援助は憲法解釈からではなく、立法者によってのみ創り出すことができると述べる。

37) ヨーロッパ議会は、メディエーションの利用を増やす唯一の効果的な方法は、義務的メディエーションの採用であると考えているようである(ヨーロッパ議会の研究結果等については、Klowait, Die EU-Studie „Rebooting the Mediation Directive“ – Vorbote eines neuen europarechtlichen Mediationsrahmens?, ZKM 6/2014, S. 195ff. を参照)。また、義務的メディエーションの可能性については、Eidenmüller, obligatorische außergerichtliche Streitbeilegung: Eine contradiatio in adiecto?, JZ 2015, S. 539ff.; Will, Mediation für einkommensschwache Bürger, ZKM 3/2017, S. 86f. がある。

ける評価を述べておくことにする。

## 1 メディエーションに関する無料の情報対話 (Informationsgespräch)

家事事件に関して、2009年9月1日に施行された家事非訟事件手続法<sup>38)</sup>は、その135条1項(同様の規定として156条1項)において「裁判所は夫婦に対し、係属中の付随事件のメディエーションあるいはその他裁判外紛争解決の可能性について裁判所によって任命された者あるいは場所での無料の情報対話への個別あるいは共同での参加を命じることができる」と規定した。この目的は、家庭裁判所外のメディエーションによって提供される合意のチャンスに当事者を向け、自らの利益をより強力に取り入れ、紛争を規制できることを当事者に意識させる可能性を家庭裁判所に開くことにある<sup>39)</sup>。しかし、実務上、この規定はほとんど使用されていないとする文献が見られる<sup>40)</sup>。また、そのような対話が行われても、そこからメディエーションに移行しようとする場合、それが費用の問題でうまくいかないことが多いという意見がある<sup>41)</sup>。これは、無料の情報対話からメディエーションに移行しても、当のメディエーション自体を費用援助の対象とする明確な規定がないことによるものと考えられるが、前述したような裁判外メディエーションにも費用援助を肯定する裁判例や Spangenberg の見解に立つならば、その点に対する懸念はないことになろう。

## 2 訴状へのメディエーション実施に関する記載要求

2012年のメディエーション法の施行により、メディエーションと裁判外紛争解決を弁護士と依頼人の間の相談実務に強く結びつけることが決定され、訴状の記載事項を定めた民事訴訟法253条3項に次のような規定が追

38) Gesetz zur Reform des Verfahrens in Familiensachen und die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v. 17.12.2008 (BGBl. I S. 1221)

39) Musielak/Borth, a.a.O., S. 395

40) Bundesrechtsanwaltskammer, a.a.O., S.14f.; Greger, a.a.O. (Fn.14), S. 123

41) Greger/Unberath/Greger, a.a.O., S. 217

加されることになった。すなわち、「訴状にはさらに以下のことを含むことが望ましい。1. 訴え提起の前にメディエーションその他裁判外紛争解決手続の試みがなされたか、ならびに、そのような手続をすることに対抗する理由についての意見」である。この規定の目的は、メディエーションと裁判外紛争解決をより強く国民の意識に植え付け、弁護士の相談実務の中に結び付けることにある<sup>42)</sup>。これにより訴状の作成段階で依頼者と弁護士との間で紛争を裁判外紛争解決の方法で解決できるのか、あるいは、どうしたらできるかなどについての議論が促進されることになる。そして、その記載は裁判官の訴訟指揮にも貢献する。つまり、裁判官は、民事訴訟法 278 条 2 項による話し合いの弁論の実施の手がかりを得ることができ、同法 278a 条による裁判外のメディエーションへの移送を可能とし、あるいは、同法 278 条 5 項によって和解裁判官へ事件を移送できる情報を持つことになる。しかし、253 条 3 項の規定はそうすることが望ましいという形で定められており (muss 規定ではなく、いわゆる soll 規定)、訴状にその旨が記載されていなかったとしても訴えの許容性は問題とならない。

改正から 5 年が経過するが、この規定の効果について消極的かつ改善の必要性を述べる見解がある<sup>43)</sup>。この文献によれば、弁護士実務への移植が遅れている一方、裁判官も期待されているような陳述を要求していないとのことである<sup>44)</sup>。

42) BT-Drucks. 17/5335, S. 20

43) Löer, Erklärungsgebot zur außergerichtlichen Konfliktbeilegung in der Klagschrift, ZKM 4/2015, S. 111; Will, a.a.O., S. 86f. は、この規定は実務上完全に無視されていると述べる。

44) Löer, a.a.O., S. 113f. この点に関し、Löer は、弁護士と裁判官の側面に分け、次のような原因を挙げている。①訴状を記載する段階で依頼者と議論するのは遅すぎ、訴訟を決心している依頼者に奇異の念を抱かせる、②弁護士の費用の計算に手間がかかる、③メディエーション等では手続の進行を第三者に委ねることになり、また、将来のケースにおける仲介者との競合を懸念する。一方、裁判所は、違反の場合に効果的な制裁の可能性がないため、訴状に記載がないことをとがめない。

## 五 おわりに

本稿では、近時メディエーション法が制定されたドイツにおけるメディエーションの促進に関する議論、とくに、資力の乏しいメディエーション利用者に対する費用援助の問題についての裁判例、学説を概観してきた。メディエーション法は資力の乏しい者に対する資金的な援助（いわゆるメディエーション費用援助）の規定を確実な形で設けなかった。しかし、近時の学説や裁判例では、解釈上、一定の条件付きで、メディエーション費用が現行の訴訟（手続）費用援助の対象となりうることを認める考えが多くなっているように思われる。具体的には、訴訟（手続）係属中の事件につき、裁判所の提案によって裁判所のメディエーションや裁判外のメディエーションが行われたときは、そのメディエーションの費用は訴訟（手続）費用援助の対象となるとの理解である。その主な論拠は、メディエーションが裁判所の提案にもとづいて実施された場合には、そのメディエーションは裁判手続の一部分を構成し、民事訴訟法122条の裁判費用に該当すること、あるいは、憲法上の要請、すなわち、憲法3条が保障する一般的平等原則や同20条1項、3項の社会国家原則から、資力の乏しい者にも裁判外メディエーションの利用が担保されねばならないことなどに求められている。

なお、1つ注意が必要なのは、ドイツのメディエーション費用援助の必要性に関する議論の特徴として、現在の訴訟（手続）費用援助が通常訴訟や家庭事件のかなりの範囲において認められるため、それが州財政を圧迫しており、その改善を図るためにメディエーション費用を援助対象としてその利用を促進し、法廷に持ち込まれる事件を減らすべきといった議論がなされている点である。仮に、そのような政策的な観点を強調するならば、Kochが述べるように訴訟係属を前提としたメディエーションだけが費用援助になるという対応は不徹底とも言えなくない。そこで、さらに進んで、訴訟係属と関係なしに行われる裁判外メディエーションの費用も援助対象となりうるのか、なるとすればその根拠は、例えば、憲法3条が保障する権利実現の平等性—裁判上だけでなく裁判外にもあてはまるとされる—と

ドイツにおけるメディエーションの促進に関する議論状況（秦）

いう観点から肯定されうるのか。ドイツでの議論の動向を引き続き注視していくつもりである。

【付記】西澤宗英先生には、私が青山学院大学法学部在籍時に、3・4年次の破産法ゼミナール及び民事訴訟法・破産法・外書購読（国際倒産処理）の講義において、数多くのご指導を賜りました。西澤先生のゼミや講義は、ピリッとした雰囲気の中にも、学生に対する温かさが織り交ぜられており、20年以上経った今でも、ついこの間のように思い出されます。また、西澤先生とお会いし、指導を受けたことによって、大学教員を目指す思いがより一層強いものとなりました。この場をお借りして心より感謝申し上げます。西澤先生が長らく教鞭をとられた青山学院大学をご退職されることを大変寂しく思っております。先生の末永いご健康、ご多幸を心よりお祈り申し上げます。