

Title	米国のミディエーションにおけるConfidentiality(秘密保持制度)
Sub Title	Con□fidentiality in U.S. mediation
Author	宮武, 雅子(Miyatake, Masako)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2018
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.41 (2018. 11) ,p.193- 235
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20181130-0193

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

米国のミディエーションにおける Confidentiality（秘密保持制度）

宮 武 雅 子

- 第1 米国法における秘密保持原則
- 第2 州法の秘密保持
- 第3 Uniform Mediation Act（UMA）の秘密保持
- 第4 連邦法
- 第5 判例調査
- 第6 結び

2018年5月、大阪に「日本国際紛争解決センター」が、同年11月、京都に「京都国際調停センター」開設された。東京にも同様に「日本国際紛争解決センター」が開設を予定されており、いよいよ日本にも国際調停の機運が盛り上がってくるのではないかと予想される。

日本で行われる調停は概ね、民事調停法、家事事件手続法、裁判外紛争解決手続の促進に関する法律等によって規律されているが、これまでは専ら「国内」紛争案件を対象としてきた経緯から、「国際」紛争に関わる事件については今後、いくつもの新しい問題に直面するだろう。本稿は、その一つである調停における秘密保持について取り上げる。コモンローの国々の調停（以下、特に米国の Mediation, Conciliation¹⁾ と呼ばれる手続をまとめて、「ミディエーション」という。）における Confidentiality（秘密保持²⁾）と我が国の調停における守秘義務は、立法趣旨及びその内容において大きく異なるからである。

米国では、ミディエーションの秘密保持は、後述するようにミディエーションの根幹をなす原則論、すなわち、ミディエーションにおいて全当事者が正直、

誠実、率直であることを促進することにより、和解を促すという趣旨に根ざす。これに対し、我が国の守秘義務は、個人が他人に知られたくないという実質秘³⁾を趣旨とするものである。

また、米国のメディエーションにおける秘密保持の名宛人は、一般に、メディエーションの当事者、メディエーター及び非当事者参加者全員であり、秘密保持の客体は、原則としてメディエーションで交わされた一切のコミュニケーションである。そして、秘密保持とは、ディスカバリーの対象とならず、後の司法・行政手続で証拠とならないことを意味する。

これに対し、日本の民事調停法の調停における守秘義務の名宛人は調停委員又は調停委員だった者に限定され、当事者はその主体ではない。また、その内容も、秘密保持主体が他の人的範囲に属する人には知られたくないと欲し、知

-
- 1) Mediation とは、紛争当事者が中立的な立場の第三者（メディエーター）の助力を得て、対立している問題点をさておき、当事者の利益に合致する紛争解決法を模索し、代替案を検討し、和解に到達する手続をいう（Jay Folberg & Alison Taylor, *Mediation: A Comprehensive Guide to Resolving Conflicts Without Litigation* 7 (1st ed. 1984)）。この定義は、米国で最も普及しているファシリテティブ・アプローチの定義に従った。Conciliation とは、正式なメディエーションが行われる前に行われる手続で、コンシリエーターは当事者間の対立感情を収め、論点を整理し、当事者間に話をさせるようにしむけることとしている（Nancy H. Rogers & Richard A. Salem, *A Student's Guide to Mediation and The Law* 4 (1987)）。つまり、コンシリエーションは和解を促す非公式な手続一般を意味する（Frank E. A. Sander, *Varieties of Dispute Processing*, in *THE POUND CONFERENCE: Perspectives on Justice in the future* 69 (A. Leo Levin & Russel R. Wheeler eds., 1979)）。もっとも、Mediation と同義語で使われることも多い。本稿の目的からすると、公式、非公式の区別は格別重要な意義を持たないことから、Mediation と Conciliation をまとめてメディエーションと呼ぶ。なお、当該メディエーション手続において中立的に当事者の話し合いを促進する者をメディエーターと呼ぶ。
- 2) 米国では、メディエーションの秘密保護制度を、主として Confidentiality と呼称している場合（Florida Statutes Chapter 44 Mediation Alternatives to judicial Action 等）と Privilege（秘匿特権）と呼称している場合（Uniform Mediation Act, UMA）に分かれている。大多数の州法が Confidentiality という文言を使っていること、秘匿特権は弁護士依頼人間、配偶者間等を除き、全米で統一的に証拠法、裁判例で認められているものは限られており、メディエーションの秘密保持制度が、かような秘匿特権として裁判上扱われているか疑問であるので、本稿では単に秘密保持と訳した。

られたくないことに合理的で客観的な根拠があるという実質秘であり、極めて狭い範囲のものである。

本稿では、米国のミディエーションにおける秘密保持の趣旨・目的、原則論の範囲、及び許容される例外の範囲とその趣旨・目的を、制定法、裁判例、裁

3) 垣内秀介教授は、日本法の「秘密」の意義を大きく二つに分けている。一つは、調整型 ADR（調停）と裁断型 ADR（仲裁と裁判）との情報面での切断の必要性という観点からの「秘密」であり、言い換えると、調整型手続における当事者の発言などが調停不成立の場合、後訴で不利に利用されるのではないかという文脈で論じられる「秘密」である。これは、前述した米国の守秘義務に類似するものといえる。もう一つは、調整型 ADR か否かを問わず、当事者が披露した秘密については、第三者に開示することは防止されるべきとするもので、一般的に保護に値する「秘密」情報、いわゆる「実質秘」の保護の文脈で論じられるものである（垣内秀介 「ADR（調整型手続）における秘密の取扱い」『民事手続法の現代的機能』石川明・三木浩一編、信山社、2014 年、800-801 頁）。本稿では適宜、二つの意義を使い分ける。

民調法 38 条は、民事調停委員又は同委員であった者が「正当な事由なく」「その職務上取り扱ったことについて知り得た人の秘密を漏ら」すことを禁じ、民事調停委員の守秘義務を定める。同条の保護法益は「人の秘密」であり、非公開である調停手続において安んじて実情を述べる必要があることから、調停委員に守秘義務を課したものである（石川明・梶村太市編『注解 民事調停法（民事調停規則）』青林書院、1986 年、423-427 頁）ことから、「秘密」とは「特定の狭い人的範囲のみに知られた事実であって、その事実の担い手（秘密保持主体）が、他の人的範囲に属する人には知られたくないと欲し、かつ知られたくないと欲することに合理的・客観的な根拠があるもの」（同上、421 頁）と考えられる。「正当な事由」とは「人の秘密」を保持する利益と、裁判等の後の手続で開示すべき利益との利益衡量で判断されることになると考えられる。なぜなら「正当な事由」とは、違法性・有責性に関する一般原則が適用されると考えられることから利益衡量で判断すべきと考えるのが合理的である。また、職務上、人の秘密を知るべき者の証言拒絶権を定めている民事訴訟法 197 条 1 項 2 号は、民調法の民事調停委員にも類推適用しうると考えられ（同上 421 頁、多数説）、同条項の「黙秘すべきもの」とは、「単に本人がそれを秘匿することを望むばかりでなく、客観的にこれを秘匿することについて保護に値するような社会的、経済的利益が認められることを要する」（東京高裁判決昭和 59 年 7 月 3 日判例時報 1123 号 94 頁）と解釈されていることから、民調法の「正当な事由」つまり守秘義務の例外事由も、証言拒絶権の例外事由として、「保護に値するような社会的、経済的利益が認められ」る場合、すなわち、「人の秘密」を保持する利益と、裁判等の後の手続で開示すべき利益との利益衡量で判断すべきと考える。

判例の統計学的調査を通じて明らかにする。日本の調停を国際化するにあたって起こりうる議論の一助になれば幸いである。日本法における調停の守秘義務との相違を明確にすれば、米国の秘密保持との相違が明確になるので比較論考を行いたいところであるが、本稿では、紙幅が限られているので、日本法の調停に関する守秘義務の詳細は他日の機会に譲る。なお、本稿で取り上げた米国法の条文、裁判例の翻訳は筆者自身による。

第1 米国法における秘密保持原則

ミディエーションに関わる統一的なモデル法である Uniform Mediation Act (UMA) の起草者の一人であるマット・ブラウン氏 (Matt Brown, from International Institute for Conflict Prevention & Resolution, CPR) によると、秘密保持の狙いはミディエーションにおいて全当事者が正直、誠実、率直であることを促進することにある⁴⁾。

2005年の米国法曹協会 (American Bar Association) の委員会報告書によると、秘密保持が確保されていれば、紛争当事者は、自分の表面的な主張 (position) を離れて、真の利益 (interests) に意識を向け、公にしたくないデリケートな問題も話し合いの場に持ち出し、クリエイティブなアイデアや解決法も忌憚なく話し合うことができる⁵⁾。秘密保持の保証がなければ、後日自分の不利に利用されることを恐れて、自分の本当の利益 (interests) を話し合えず、解決に結びつかない⁶⁾。

また、譲歩を伴う話し合いの場での発言は、証拠としての価値が必ずしも高くないという側面もある。請求を譲り合う発言は必ずしも、自分の主張の根拠

4) Sarah R. Cole, Craig A. McEwen, Nancy H. Rogers, James R. Coben & Peter N. Thomson, *Mediation: Law, Policy & Practice* (2013), at 265-266.

5) ABA Ad Hoc Committee on Federal ADR Confidentiality, *Guide to Confidentiality Under the Federal Administrative Dispute Resolution Act* (2005), at <http://cdm266901.cdmhost.com/cdm/singleitem/collection/p266901coll4/id/725>.

6) *Id.*

の弱さを認めるものではなく、争うよりも平和的な解決を願う意思の表れである場合も多く、譲歩する発言が後日の裁判で必ずしも、請求権の立証、反証に役だつ証拠になるとは限らない⁷⁾。

米国のミディエーションの秘密保持は一般に、家族関係、労働契約、消費者保護等に関わる紛争解決に関する特別法の規定を除いては、各州で定める民事訴訟手続規則、証拠法又はミディエーターの倫理・行為準則を定める規則等に規定されており、州ごとに内容が異なる。2001年頃、ミディエーションに関係する州法、裁判所等のローカル・ルールは2,500以上あったといわれていたが、インターネットの普及により、州を越えてミディエーションが行われることが当たり前になるにつれ、適用法等の混乱が急増した⁸⁾。そこで、米国法曹協会の紛争部門及び統一州法委員会（National Commissioners on Uniform State Laws）⁹⁾は、Uniform Mediation Act（統一ミディエーション法、以下「UMA」という。）の起草を始めた。

現在のところ、UMAは、コロンビア特別区、アイダホ州、イリノイ州、アイオワ州、ネブラスカ州、ニュージャージー州、オハイオ州、サウスダコタ州、ユタ州、バーモント州及びワシントン州の11州で採択されている。マサチューセッツ州とニューヨーク州では採択に向けて調整中である¹⁰⁾。

UMAは11州でしか採択されていないので、全体像を知る必要性から、本稿では、最初に各州法上のミディエーションの秘密保持を概観し、次にUMAの秘密保持、及び連邦法も検討する。さらに、判例及び全米の判例の動向を調査した報告書も紹介する。

7) McCormick on Evidence § 266 (7th ed.). Cole, *supra* note 4 at 279 & 287.

8) National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, UNIFORM MEDIATION ACT (Last Revised or Amended in 2003) WITH PREFATORY NOTE AND COMMENTS (2003), PREFATORY NOTE at 3. Importance of uniformity.

9) <http://www.uniformlaws.org/>

10) <http://www.nccus.org/LegislativeFactSheet.aspx?tite=Mediation%20Act>

第2 州法の秘密保持

1 州制定法

筆者は、全米 50 州及びコロンビア特別区のうち、UMA を採択している 11 州を除き、入手可能な州法である 33 州の該当する法律・規則を調査し、約 66 の秘密保持条項を分析した¹¹⁾。

州法等の詳細は多様ではあることは事実であるが、各州は、秘密保持原則の

11) California Law Revision Commission, Relationship Between Mediation Confidentiality and Attorney Malpractice and Other Misconduct, December 2017, at footnote 354; Alabama Civil Court Mediation Rules Rule 11; Alaska Rules of Court 2017-2018 Rule 100 (g) & Alaska Rules of Evidence Rule 408; Arizona Revised Statutes § 12-2238; Arkansas Code Annotated § 16-7-206; California Evidence Code Division 9 Chapter 2 § § 1119 ~ 1128; Colorado Revised Statutes § 13-22-307; Connecticut General Statutes 52-235d; Rules of Civil Procedure for the Superior Court of the State of Delaware Rule 16 (d), Rules of the Court Chancery of the State of Delaware Rule 174 (g) & Delaware Code Title 6 Subtitle IV § 7716; Florida Statutes § § 44.401-44.406; Georgia ADR Rules VII; Indiana Rules for Alternative Dispute Resolution Rule 2.11 & Indiana Code Annotated § 4-21.5-3.5-27; Kansas Statutes Annotated § 60-452a, Kansas Statutes Annotated § 5-512 & Kansas Supreme Court Rules Rule 903; Louisiana Laws Revised Statutes § 9:4112; Maryland Courts & Judicial Proceedings (Maryland Mediation and Confidentiality Act) § § 3-1801~1806 & Maryland Rules Rule 17-105; Massachusetts General Laws Chapter 233 § 23C; Minnesota General Rules of Practice Rule 114.08 & Minnesota Statutes § 595.02 Subdivision 1 (m), Subdivision 1a; Mississippi Court Annexed Mediation Rules for Civil Litigation Rule VII & XV (E) ; Missouri Revised Statutes § 435.014; Montana Code Annotated § 26-1-813; Nevada Revised Statutes § 48.109; New Mexico Statutes Annotated Sections 44-7B-4, 7B-5; North Carolina Revised Standards of Professional Conduct for Mediators Rule III; North Dakota Century Code § 31-04-11, North Dakota Rules of Court Rule 8.8 & Appendix A to Rule 8.9 Code of Mediation Ethics Rule IV.; Oklahoma Statutes Title 12 § § 1805, 1824, 1836; Oregon Revised Statutes (ORS) § § 36.220 & 36.222; Pennsylvania Consolidated Statutes Title 42 § 5949; Rhode Island General Laws § 9-19-44 & Rhode Island Supreme Court Rules Article I. Rule 35; Tennessee Supreme Court Rules Rule 31 § § 7, 10 (d), 11 (b) (14) - (18), 12, Appendix A § 7; Texas Civil Practice & Remedies Code Title 7 § § 154.053, 154.073; Virginia Code Annotated § § 8.01-576.10, 581.22; West Virginia Trial Court Rules Rule 25.12; Wisconsin Statutes Chapter 802.12 (4) ; Wisconsin Statutes § § 802.12 (4), 904.085; Wyoming Statutes § § 1-43-102, 1-43-103. 当該州法等の詳細は、本稿では紙幅が限られているので、他日の機会に譲る。

立法趣旨及びその例外の立法事実を共有していることからすると、バリエーションは無限に存在するわけではない。そこで、以下では、各州の原則及び例外において共通する定めは何か、それを採択している州の数は全体のうちのどの程度を占めるのかを分析する。これにより、UMA との比較が容易になること、また、例外規定については、より多く存在する例外規定の立法事実が、より例外を必要とする一般的事実だからである。

なお、50 州及びコロンビア特別区のうち、メディエーションが最も盛んで、法整備が充実しているのが、カリフォルニア州、フロリダ州、テキサス州であるといわれている¹²⁾。カリフォルニア州はその中でも特に裁判例が集積されているので、当該裁判例を検討する。

(1) 秘密保持の原則

秘密保持の原則規定は、33 州法等の全てに存在する。

まず、秘密保持の対象となる客体は、「コミュニケーション」とする州法等が、33 州の中で最多の 24 州法である¹³⁾。次に多いのが、「情報」(information)¹⁴⁾ 又は「行為又は発言」(conduct or statements)¹⁵⁾ という文言である。客体の存在形式を口頭、文書、電子媒体を問わずと詳細に記載しているのはカリフォルニア州法のみである。

もっとも、コミュニケーションの定義が独立して詳細になされている州法は多くない。筆者が調査した限り、フロリダ州、メアリーランド州、ニューメキシコ州、オレゴン州及びペンシルバニア州の該当州法である¹⁶⁾。フロリダ州

12) UNIFORM MEDIATION ACT WITH PREFATORY NOTE AND COMMENTS, *supra* note 8.

13) アリゾナ州、アーカンソー州、コロラド州、カリフォルニア州、コネチカット州、フロリダ州、カンザス州、ルイジアナ州、メアリーランド州、マサチューセッツ州、ミネソタ州、ミシシッピ州、ミズーリ州、ニューメキシコ州、ノースカロライナ州、ノースダコタ州、オクラホマ州、オレゴン州、ペンシルバニア州、ロードアイランド州、テキサス州、バージニア州、ウィスコンシン州及びワイオミング州の該当州法である。

14) テキサス州等。

15) アラスカ州等。

法の定義は「ミディエーションの最中又はミディエーションを助成するために、ミディエーションの当事者によりなされた口頭、書面、又は意思表示を表す言葉を用いない行為を意味する」¹⁷⁾とされており、コミュニケーションの主体、場所及び時間で限定されただけの極めて広い概念であり、他州法の定義も大差がない。それ以外は、法文の中に口頭又は書面のコミュニケーションと記載されているものが典型である。

秘密保持の名宛人、つまり秘密保持の利益を享受するか又は義務を負う者は、当事者及びミディエーターであることは全 33 州において異論がないと思われる。ミディエーターが名宛人となっている理由は、第 1 に、後述するカリフォルニア州の裁判例 *Donna Conlin Olam v. Congress Mortgage Co.* の判示の中で述べられているように、ミディエーターが秘密保持の趣旨である正直、忌憚のない自由闊達な会話の促進という理念を職業的に実現する存在として考えられているからである¹⁸⁾。第 2 に、当事者がミディエーターを信頼して秘密を打ち明けたところ、ミディエーターは後に当該当事者に不利な証言をすることになると、ミディエーターと当事者との信頼関係に影響を与えることから、ミディエーターには独自に職務上の利益があるからである¹⁹⁾。

上記の名宛人に加えて、非当事者の参加者（以下「非当事者参加者」という。）もその主体であると明確に言及している州法は 7 州ある²⁰⁾。この点、UMA は明確に非当事者参加者もその主体であるとしている²¹⁾。非当事者の参加者と

16) Maryland Mediation and Confidentially Act § 3-1801 (c), Maryland Rules Rule 17-102 (h), New Mexico Statutes Annotated Sections 44-7B-2.B, Oregon Revised Statutes § 36.110 (7) and Pennsylvania Consolidated Statutes Title 42 § 5949.

17) Florida Statutes § 44.403 (1).

18) *Donna Conlin Olam v. Congress Mortgage Co.*, 68 F.Supp.2d 1110 (N.D. Cal.1999) at **69-**70.

19) *Id.*

20) カリフォルニア州、コネチカット州、フロリダ州、ルイジアナ州、マサチューセッツ州、ミネソタ州及びノースダコタ州の州法である。

21) 第 3 の 2 (2) を参照。

は、専門家証人等であるが、後の手続で証言を強制されると一方当事者に不利又は有利な証言とならざるを得ない場面に直面することになる以上、独自の利益が存在すると考えられる。

秘密を保持する行為とは、具体的に、証言又は証拠の提出を強制されないということであるが、全 33 州の全ての該当州法に該当する文言があった。また、ディスカバリーの対象とならないと明言している州法等は 26 州あった²²⁾。UMA では、秘密保持の具体的な行為は、後日、どのような手続で開示を迫られるのかという視点から、司法、行政等、手続を具体的に列挙し、かつディスカバリーも含まれることを明確にしている²³⁾。

（2）秘密保持原則の例外

例外に関する明文は、3 州²⁴⁾を除いて全ての州法に定めがある。以下、具体的に例外の要件を検討する。

まず、秘密保持（の利益）を放棄する定めは、例外の定めがある 30 州のうち、22 州の州法にあり、8 州²⁵⁾には見当たらない。当該定めのある 20 州でも、全当事者のみの同意で足りるもの、全当事者及びミディエーターの同意を要するもの、書面での同意を必要としているもの、口頭で足りるとしているもの等、実に様々である。これに対して、UMA は、当該秘密保持の利益の主体は誰であるかを意識し、誰のコミュニケーションを誰が放棄するのかにより、詳細な定めがされている²⁶⁾。

22) アラバマ州、アーカンソー州、アリゾナ州、カリフォルニア州、コロラド州、コネチカット州、デラウェア州、ジョージア州、インディアナ州、カンザス州、ルイジアナ州、メアリーランド州、ミネソタ州、ミシシッピ州、ミズーリ州、モンタナ州、ネバダ州、ニューメキシコ州、ノースダコタ州、オクラホマ州、オレゴン州、ペンシルバニア州、テキサス州、バージニア州、ウィスコンシン州及びウエストバージニア州。

23) 第 3 の 1 (1) を参照。

24) マサチューセッツ州、ネバダ州及びウエストバージニア州の該当州法。

25) アラスカ州、アーカンソー州、ジョージア州、インディアナ州、ミシシッピ州、ペンシルバニア州、ロードアイランド州及びウィスコンシン州。

次に、和解契約の履行請求、若しくは無効を確認する場合、又はミディエーションに付して紛争解決をする等のミディエーションに関する合意文書については、30州のうち、18州の該当州法により定めがある。上述の秘密保持の放棄に次いで、採択している州が多い規定である。和解契約又は合意文書を巡る争いが、ミディエーションの後、最も頻繁に起こる紛争類型の一つではないかと推測できる。

また、ミディエーション・コミュニケーションに肉体的な危害若しくは財産的損害を加える脅迫又は実際の行為（暴行、詐欺等）が含まれている場合を例外とする州法は、30州のうち17州であり、13州²⁷⁾について定めがない。ミディエーションの公正、公平を期する趣旨である。

犯罪計画、犯罪遂行又は犯罪の隠蔽のためにミディエーションを利用する場合に例外的な開示を許容する州法は、15州²⁸⁾において定めがあった。犯罪防止の趣旨である。

特に子供又は老人の虐待、ネグレクトについて定めるもの、すわなち、当該行為を示唆する情報がコミュニケーションの中に含まれており、それらを防止するために開示を認める例外は、9州²⁹⁾存在した。虐待防止という政策的な立法目的である。

ミディエーターや当事者の代理人等の専門家の職務過誤、不正行為を申し立てた場合にコミュニケーションの開示を認める規定は、17州³⁰⁾で採用されている。和解契約及び合意文書を巡る争いと同様に、後日頻繁に起こりうる紛争

26) 第3の2の(2)参照。

27) アラスカ州、アーカンソー州、コネチカット州、デラウェア州、インディアナ州、ミシシッピ州、ミズーリ州、モンタナ州、オクラホマ州、ロードアイランド州、テネシー州、テキサス州及びウィスコンシン州。

28) アラバマ州、アーカンソー州、カリフォルニア州、フロリダ州、ジョージア州、カンザス州、メアリーランド州、ミネソタ州、ニューメキシコ州、ノースカロライナ州、ノースダコタ州、オレゴン州、ペンシルバニア州、バージニア州及びワイオミング州。

29) アリゾナ州、コロラド州、ジョージア州、ニューメキシコ州、ノースダコタ州、オレゴン州、バージニア州、ウィスコンシン州及びワイオミング州。

類型であるといえる。

ミディエーションで実際に脅迫や詐欺がなされ、犯罪や幼児・老人の虐待が行われている情報が含まれている場合には、公共の安全の観点から通報、開示を促す趣旨である。

裁判所が秘密保持の利益と証拠の必要性を利益衡量により判断する規定がある。キャッチオールともいえるが、列挙している例外規定にあてはまらない事例を救済する趣旨といえる。採択している州は10州³¹⁾である。詳細は後述するが、秘密を保持する法益に対立する最大の利益は、後訴又は後の行政手続等における証拠の必要性である。刑事裁判は言うまでもないが、ミディエーションのコミュニケーションしか証拠がなく、当該証拠を提出できなければ司法的正義が実現できないという事例は数限りなく存在するであろう。そのような非定型的な事例を救済するには、最もふさわしい条項ではある。しかし、秘密保持制度は、ミディエーションにおける正直、自由闊達な会話を保護するだけでなく、その制度に対する人々の信頼を保護することにある。裁判所が利益衡量によって判断するとすれば、ミディエーションの当事者、参加者はどのコミュニケーションが保護されるのか、予測が不可能となる。それでは、ミディエーションの利用価値は下がらざるをえない。キャッチオール条項の必要性は認識しつつも、具体的な例外列挙ができる限り必要とされると思われる。

その他、他の制定法による例外を認めている州法が7州³²⁾、ミディエー

30) アラバマ州、アーカンソー州、コロラド州、デラウェア州、フロリダ州、カンザス州、メアリーランド州、ミネソタ州、モンタナ州、ニューメキシコ州、ノースカロライナ州、ノースダコタ州、オクラホマ州、オレゴン州、テネシー州、バージニア州及びウィスコンシン州。

31) アーカンソー州、コネチカット州、カンザス州、ルイジアナ州、メアリーランド州、ミネソタ州、ミシシッピ州、ニューメキシコ州、テキサス州及びウィスコンシン州。なお、カンザス州の条文は裁判所命令となっているが、条文のコンテキストから本類型に含めた。

32) アリゾナ州、コロラド州、コネチカット州、インディアナ州、カンザス州、テネシー州及びバージニア州。

ション制度の調査、教育目的による例外を認めている州法が5州³³⁾、ミディエーターが裁判所命令によるミディエーションを行う際の報告書の提出を例外として認めている州が5州³⁴⁾、当該コミュニケーションを内容とする公的記録が存在している場合には秘密として保護する必要がないので例外とする州法が1州³⁵⁾存在する。

2 カリフォルニア州裁判例

(1) 裁判上、例外を拡張することの是非

カリフォルニア州裁判所はこれまで制定法の明文に忠実に従って、多くの裁判例が裁判上、明文以外の例外を認めてこなかった。以下の *Foxgate Homeowners' Association Inc.* がこのような伝統的なアプローチの先駆けとなったリーディングケースである。

Foxgate Homeowners' Association Inc. v. Bramalea California, Inc. は、カリフォルニア州最高裁が強制的にミディエーションに付したものだが、一方当事者が何度もミディエーションを欠席し、ミディエーションの期日を延期し、不必要にミディエーションを遅らせた上に、期日でも非協力的な不誠実な態度を取っていたので、他方当事者が制裁を課すよう最高裁に申立てをし、その際、ミディエーターが前述した一方当事者の態度に関するレポートを作成提出したものである³⁶⁾。最高裁は、カリフォルニア州証拠法 1119 条³⁷⁾、1121 条³⁸⁾ の解釈にあたり、条文以外に裁判所が例外を認めることは、守秘義務を不当に害し、

33) コロラド州、フロリダ州、ノースカロライナ州、ノースダコタ州及びウィスコンシン州。

34) ジョージア州、カンザス州、ルイジアナ州、ノースカロライナ州及びロードアイランド州。

35) オレゴン州。

36) *Foxgate Homeowners' Association Inc. v. Bramalea California, Inc.*, 26 Cal.4th 1 (Supreme Court of California), 2001.

37) Cal. Evid. Code § 1119.

38) Cal. Evid. Code § 1121.

ミディエーションの趣旨である正直で誠実な討論を推し進めることを結果的に害する虞れがあるとして、当該レポートを証拠として採用しなかった³⁹⁾。

また、*Genoveva Rojas et al., Petitioners v. The Supreme Court of Los Angeles County* は、大規模アパートの建設会社のミスにより水漏れが生じ、アパートにカビが蔓延したことから、同アパートの所有者が建設会社に損害賠償請求を行った事件につき、ミディエーションをした事例である⁴⁰⁾。当該ミディエーションで、建築コンサルタントが当該不具合について分析結果を報告したので、後にアパートの賃借人らが所有者と建築会社を訴えた際、同コンサルタントの分析結果（写真、報告書等）の証拠提出を申し立てた。アパート所有者及び建設会社は、写真等はカリフォルニア州証拠法 250 条の“writing”に該当し、同法 1119 条でミディエーション又はその相談のために作成された writing は証拠として認められないとして同意しなかった⁴¹⁾。本事例に適用される可能性のある秘密保持の例外は、ミディエーションの全当事者及び参加者の同意がある場合のみだったが、かかる同意は望めず、他に代替できる有力な証拠がなかったことから、州最高裁まで争われた。最高裁は立法者の意図が明文以外の例外を認めないものであること、裁判上で例外を拡張することは秘密保持の趣旨である正直・率直な話し合いがもたらすミディエーション制度全体を害する危険性が大きいとして、明文上の例外以外を認めず、写真などの証拠提出を認めなかった⁴²⁾。

（2）当事者代理人弁護士の職務過誤

Wimsatt v. Superior Court of California は、ミディエーションを行った一方当事者が、その代理人弁護士の一人に対して、同弁護士が勝手に和解金額を下げた

39) *Id.*

40) *Genoveva Rojas et al., Petitioners v. The Supreme Court of Los Angeles County*, 33 Cal.4th 407 (2004).

41) *Id.*

42) *Id.*

ことが弁護過誤に当たるとして訴えた事例である。ミディエーション用に準備された書面（mediation briefs）、同当事者の弁護士同士の E メール及び相手方弁護士との会話を、職務過誤を立証する証拠として提出できないか争われたが、当該コミュニケーションがカリフォルニア州証拠法 1119 条に該当するとすれば、当事者全員の同意がない本ケースでは明文上の例外に当たらないことになる上、Foxgate が示した明文以外に裁判上の例外を認めることはできないという先例に拘束される⁴³⁾。しかし、弁護過誤を証明する必要性は高く、不正義を見逃すことはできない。ここでも、裁判上、明文にない例外が認められるか問題となったのである。そこで、カリフォルニア州裁判所（2 審）は、1119 条に該当するためには、同条の“prepared for the purpose of, in the course of, or pursuant to, a mediation”⁴⁴⁾ という要件に着目して、準備用の書面と E メールは当該要件を満たすが、弁護士間の会話については、立証責任が果たされていないとして、秘密保持が及ばないとした⁴⁵⁾。

特に注目すべき点は、裁判官が判旨の中で、「カリフォルニア州制定法の広範囲の秘密保持のために、多くのケースで司法上公平な正義が実現できていないことから、立法的に解決するべきである」⁴⁶⁾ という意見を盛り込んだことである。Foxgate の判示に拘束されて証拠が採用されず、被害者を救済できないジレンマを物語っているのではなかろうか。

（3） ミディエーターの秘密保持

これらに対して、カリフォルニア州北部地区連邦地裁のブラジル裁判官（Judge Wayne Brazil）は、連邦地裁でカリフォルニア州証拠法を適用しつつ⁴⁷⁾、*Donna Conlin Olam v. Congress Mortgage Co.*⁴⁸⁾ において、著名な 2 段階の利益衡量による判断基準を用いて裁判上の例外を認めた。

43) *Wimsatt v. Superior Court*, 152 cal.App.4th 137 (2007) at 163.

44) California Evidence Code Chapter 2, § 1119.

45) *Wimsatt v. Superior Court*, 152 cal.App.4th 137 (2007)

46) *Id.* at 220.

ミディエーションで当事者が合意に達し、その内容を記載した覚書（Memorandum of Understanding, MOU）が締結され署名されたが、後日、一方当事者が当該覚書は不当な強迫（undue duress）により締結されたもので無効であると主張し、覚書の内容を履行しなかったため、他方当事者が履行を求めて訴訟を提起した。当該訴訟の中で不当な強迫がなかったことの立証のために、中立的なミディエーターを証人として申請がなされ、他方当事者も秘密保持を放棄して全当事者がミディエーターによるコミュニケーションの開示を求めたが、ミディエーターが当事者から独立して秘密保持のために開示（証言）を拒絶できるか否かが争われた事例である。

2段階の利益衡量の第1段階は、ミディエーターにインカメラ手続を強制して、その証言の内容を知るべきか否かの判断である⁴⁹⁾。判断に際しては、全ての事情を考慮し、ミディエーターにインカメラ手続を強制して証言の内容を裁判所が知ることにより侵害される虞のある利益・価値を含めて全ての対立権利・利益を衡量する⁵⁰⁾。そして、秘密保持の法益が害される危険性があるとしても、ミディエーターをインカメラ手続に参加させることにより、対立利益が相当又は大幅に保護、促進されるならば、インカメラの強制も正当化できるとする⁵¹⁾。

第2段階は、第1段階でインカメラ手続を行った場合のみ判断されるが、証人の証言内容に関する利益衡量の分析である⁵²⁾。裁判所は、①証言の強制に

47) *Id.* 本裁判例では、当該ミディエーション・コミュニケーションが秘密保持原則の対象となるか、例外となるかを定める法律は、連邦証拠規則 Rule 501 に従い、カリフォルニア州法になるとした。本裁判例に適用される旧カリフォルニア州証拠法（1997年改正前）は、ミディエーターが当事者から独立して秘密保持が認められるか、つまり全当事者が秘密保持を放棄しているときに、証言拒絶できるか否か、文言上不明確であった。そこで、本裁判例は、ミディエーターが実際にかかる主張をしているか否かに拘らず、ミディエーターの秘密保持が認められるか否かは裁判所が判断する事項であるとした。

48) *Donna Conlin Olam v. Congress Mortgage Co.*, 68 F.Supp.2d 1110 (N.D. Cal.1999).

49) *Id.* at **62.

50) *Id.*

51) *Id.*

より害される恐れのある価値・利益の重要性、②当該侵害の程度、③証言が件の手続で証拠採用されなかった場合に害される権利又は法的利益、④その証言が、どの程度当該権利を保護し、当該利益を促進することができるのか、特に、件の証言が、他の証拠方法と比べて同等以上の証拠力があるのか否かを見極めることが必要であり、以上を総合して利益衡量するとしている⁵³⁾。

以上の規範をブラジル裁判官は以下のように本件にあてはめている。一般にミディエーターに証言を強制した場合、侵害される利益はミディエーターの職業的誠実性（professional integrity）である。しかし、本件では当事者全員が開示拒絶権を放棄しているので、当事者が反対しているケースよりは侵害の程度が小さいといえるとした⁵⁴⁾。

また、証言の強制は一般的に、ミディエーターがミディエーションにおいて当事者との間で信頼を築こうとする試みを難しくするかもしれないが、同裁判官の知る限り、そのようなリスクの可能性は極めて低いのではないかとしている⁵⁵⁾。

一般に秘密保持を侵害するリスクは争点となっている証言の性質によって異なるものである⁵⁶⁾。求められる証言が、当事者がミディエーションにおいて何を陳述したかが争点になっている場合、秘密保持を害する危険性は極めて高い⁵⁷⁾。なぜなら、ミディエーションにおいて当事者が正直に誠実にしゃべることが、ミディエーションの成功につながると考えられているからであり、陳述そのものを外部に開示すれば、ミディエーションの核心部分を害することになるからである⁵⁸⁾。

さらに、ミディエーターはミディエーションにおいてテクニクとして仮定

52) *Id.* at **64.

53) *Id.*

54) *Id.* at **69.

55) *Id.* at **70.

56) *Id.* at **73.

57) *Id.* at **73.

58) *Id.*

的な話法を使うことがあり、その場合には当事者の陳述はその仮説に対して応答しているので、ミディエーターの当事者が何を陳述したかという証言は、証拠力の点から疑問も生じる⁵⁹⁾。

他方で、本件のように、不当な強迫が争点である場合、当事者の陳述から事実を認定できるのではなく、重要な証拠は、当事者がミディエーションにおいてどのように行動したのか、ミディエーターから見た当事者の身体的な症状や感情の起伏や精神状態である⁶⁰⁾。これらの証拠から間接的に不当な強迫を受けたかどうかは認定されるのである。このような証拠は、前述の当事者の陳述に比べて、秘密保持が侵害される程度は小さく、証拠方法としても信頼性の問題が提起される可能性は低いといえるとした⁶¹⁾。

証言が強制されなかった場合の権利・利益の侵害は、不当な強迫を主張する当事者からすると、覚書が不当な強迫で締結されたことをミディエーターの証言で立証し、その拘束力から法的に解放されることであり、他方当事者からすると、ミディエーション以前から延々と続く紛争をミディエーターの証言により決着し、覚書の履行を確保することである⁶²⁾。また、裁判所からしても、証言内容を証拠採用できない場合、他に同等の証拠力のある証拠方法はなく、両当事者が裁判所に期待する正義の実現が困難になる⁶³⁾。つまり、ミディエーションで達成された和解の執行を裁判所が担保することができないということは、法的に執行力のある和解があっても、当事者に不誠実に履行を拒む口実を与え、また、当該和解を自己に有利に改変しようとする不公平な前例を作ることになりかねないというのである⁶⁴⁾。

他の証拠方法としては、当事者の証言が考えられるが、当事者は中立・公平

59) *Id.* at 74.

60) *Id.* at 76.

61) *Id.*

62) *Id.*, at 79.

63) *Id.* at 81.

64) *Id.*

でなく、証拠力の点からミディエーターの証言より劣っていることは明らかである。従って、証拠力の点においてミディエーターの証言に勝るものはないといえよう⁶⁵⁾。

以上の点を総合考慮して、ブラジル裁判官は裁判所がミディエーターの証言を強制できるとしたのである。

第3 Uniform Mediation Act (UMA) の秘密保持⁶⁶⁾

1 4条 秘密保持原則

(1) 4条 (a) (b)⁶⁷⁾

UMAの4条(a)及び(b)に定められている原則的な秘密保持の内容は以下になる。

原則として、ミディエーションのコミュニケーションは、(b)に記載のように、秘密性を有し、また、いかなる手続においても、ディスカバリーの対象とならないし、証拠として認められない。

「秘密性を有し」とは、具体的には、(i)ミディエーションの当事者は、ミディエーションのコミュニケーションを開示することを拒み、他者が当該コ

65) *Id.* at 84.

66) UMAを採用した11州の各州法の詳細は、紙幅が限られているので本稿には掲載できないが、他日の機会に譲る。

67) UMA § 4. Privilege Against Disclosure; Admissibility; Discovery.

(a) Except as otherwise provided in Section 6, a mediation communication is privileged as provided in subsection (b) and is not subject to discovery or admissible in evidence in a proceeding unless waived or precluded as provided by Section 5.

(b) In a proceeding, the following privileges apply:

(1) A mediation party may refuse to disclose, and may prevent any other person from disclosing, a mediation communication.

(2) A mediator may refuse to disclose a mediation communication, and may prevent any other person from disclosing a mediation communication of the mediator.

(3) A nonparty participant may refuse to disclose, and may prevent any other person from disclosing, a mediation communication of the nonparty participant.

コミュニケーションを開示するのを拒むことができる、(ii) ミディエーターは、ミディエーターがなしたメディエーションのコミュニケーションの開示を拒み、他者がミディエーターの当該コミュニケーションを開示するのを拒絶することができる、(iii) 非当事者は、同人がなしたメディエーションのコミュニケーションを開示するのを拒み、他者が非当事者参加者の当該コミュニケーションを開示するのを拒絶することができる。

「メディエーションのコミュニケーション」とは、意思疎通を意味し、口頭か記録されているか、言語的か非言語的かを問わず、メディエーションの最中に生じるか、メディエーションを検討、主宰、参加、開始、再開することを目的としてなされたものでも、又は、ミディエーターを選ぶ際になされた場合でも、これら全ての意思疎通を意味する⁶⁸⁾。

「いかなる手続」とは、司法、行政、仲裁、その他の審判手続（事前又は事後聴聞手続の申請、協議及びディスカバリーを含む。）又は立法府の聴聞若しくは同様の手続をいう⁶⁹⁾。UMA の秘密保持を担う主体は、当事者、ミディエーター及び非当事者参加者である。

上記の条文は、UMA を施行した 11 州の条文を比較すると、大きな違いはない。ただ、ニュージャージー州と、バーモント州、ユタ州のみが、「メディエーションのコミュニケーション（mediation communication）」の定義において若干の相違がある。この点の違いは解釈に殆ど影響がないと思われる。

UMA の Prefatory Note によると、「メディエーションのコミュニケーション」には、非言語的なコミュニケーションである傾き等も入るが、その外縁は裁判所の判断に委ねられているとしている⁷⁰⁾。さらに、「メディエーションの検討、進行、参加、開始、係属若しくは再招集」の解釈についても、恣意的な解釈がなされないように具体的な場面に応じて解釈するべく、裁判所の判断に委ねら

68) *Id.* § 2. (2).

69) UMA § 2. (7). UMA の「手続」は、カリフォルニア州法を含め、多くの州法が民事又は行政手続に限定しているところと異なって、立法上の聴聞手続まで含むほど広い。

70) Uniform Mediation Act, Prefatory Note (2001) § 2.

れている⁷¹⁾。

（2）裁判例

それでは、裁判例は「ミディエーションのコミュニケーション」に関してどのような判断をしてきたのか。以下に著名な裁判例を紹介する。

UMA を採択したオハイオ州の事例である *Society of Lloyd's v. Moore* 事件では、ミディエーションに先行する仲裁における仲裁人（ミディエーターを兼ねる）の事件に関する意見を内容とする、仲裁人から当事者に宛てられた E メールがミディエーションのコミュニケーションに該当するか否か争われた。オハイオ州連邦地裁は、当事者が具体的かつ明示的にミディエーションを行うことを合意した事由のみに限定されるものではなく、他の関連する事柄についても、「ミディエーションのコミュニケーション」に該当する場合があると判示した⁷²⁾。本件事実の概要は、当事者が手続の前に合意した仲裁及びミディエーション契約書に、仲裁人は調停に先行する仲裁手続で仲裁判断を決めるが、調停が不調に終わるまで仲裁判断を伏せ、調停が終わるまで一方当事者の事件に関わる有利な点、不利な点を当事者と話し合うことができるという条項があった。一方当事者は、UMA のコミュニケーションはミディエーションで話し合う事項のみに適用され、仲裁事件の判断に関連することには適用されないので秘密性を有しないと主張した。しかし、裁判所は、秘密保持が当事者の率直かつ正直な会話こそがミディエーションの和解を促進するという趣旨に鑑みると、その範囲は広く解するべきとし、また、条文の文言上もそのように限定する要件はないとした⁷³⁾。

これに対して、ワシントン州の UMA が適用になった *Mutual of Enumclaw v. Cornhusker Casualty Insurance Co.* では、交通事故の被害者、加害者、保険会社らが当事者として参加したミディエーションにおいて、裁判所は、UMA はミ

71) *Id.*

72) *Society of Lloyd's v. Moore*, No. 1:06-CV-286 (D.Ohio, 2006).

73) *Id.* at 3-4.

ディエーションの争点のみに関するコミュニケーションを保護しているとした。すなわち、当該ミディエーションの争点は交通事故の損害であり、保険適用の範囲ではなかったとして、保険会社の保険適用範囲に関する加害者とのコミュニケーションをミディエーション・コミュニケーションではなく、秘密保持の適用がなく、証拠として採用しようとしたのである⁷⁴⁾。もっとも、本件は保険会社の加害者（保険契約者）に対する不誠実なコミュニケーションが問題となった事例であり、当事者の不誠実な行為に起因する損害を賠償する後訴で救済する必要性が高かったとも考えられる。

2 例外 秘密保持の否定

(1) 4条(c)⁷⁵⁾

本条は、本来、証拠として許容され、ディスカバリーの対象となる資料又は情報がミディエーションにおいて開示又は利用されたことのみを理由として、証拠として採用されないことはなく、ディスカバリーの対象とならないこととはないと定めている。ミディエーションを悪用して、後日の紛争手続で証拠とされること（ディスカバリーの対象となること）を避ける事例を防止する趣旨である。

(2) 5条—放棄及び除外⁷⁶⁾

秘密保持の利益の放棄及び除外を定める5条の内容は以下になる。

- (a) 4条に定める秘密保持は、ミディエーションの全当事者が、明確に放棄する意思を記録に残すか、又はミディエーション・コミュニケーションに関わる手続において口頭により、明確に表示する場合には放棄することができる。但し、以下の要件を充足することが必要である。

74) Mutual of Enumclaw v. Cornhusker Casualty Ins. Co., No. CV-07-3101-FVS (D.D.C.2008).

75) UMA § 4(c). Evidence or information that is otherwise admissible or subject to discovery does not become inadmissible or protected from discovery solely by reason of its disclosure or use in a mediation.

- (1) ミディエーターに属する秘密保持を放棄する場合、ミディエーター自身も明確に放棄の意思を表示すること。
- (2) 非当事者の参加者（非当事者参加者）に属する秘密保持の場合、当該非当事者の参加者も明確に放棄の意思が表示されること。

つまり、誰がコミュニケーションを行ったか、及び誰が開示するかによって、秘密保持の利益を放棄できる人が異なる仕組みである。すなわち、当事者が行ったコミュニケーションについては、当事者又は非当事者参加人が開示する場合、当事者全員の同意が必要である⁷⁷⁾。ミディエーターが開示する場合、当該秘密保持の利益はミディエーターも享受すると考えるので、当事者に加えてミディエーターの同意も必要である⁷⁸⁾。

ミディエーターが行ったコミュニケーションについては、秘密保持の利益は当事者全員及びミディエーターに属するので、当事者全員及びミディエーターが放棄すれば、当事者、ミディエーター及び非当事者参加者は開示できる⁷⁹⁾。

76) *Id.* § 5. Section 5. Waiver and Preclusion of Privilege.

(a) A privilege under Section 4 may be waived in a record or orally during a proceeding if it is expressly waived by all parties to the mediation and:

- (1) in the case of the privilege of a mediator, it is expressly waived by the mediator; and
- (2) in the case of the privilege of a nonparty participant, it is expressly waived by the nonparty participant.

(b) A person that discloses or makes a representation about a mediation communication which prejudices another person in a proceeding is precluded from asserting a privilege under Section 4, but only to the extent necessary for the person prejudiced to respond to the representation or disclosure.

(c) A person that intentionally uses a mediation to plan, attempt to commit or commit a crime, or to conceal an ongoing crime or ongoing criminal activity is precluded from asserting a privilege under Section 4.

77) Unif. Mediation Act, Prefatory Note (2001), § 5. Comment.

78) *Id.*

79) *Id.*

非当事者参加者が行ったコミュニケーションについては、秘密保持の利益は全当事者のみならず非当事者参加者にも属するので、全当事者及び非当事者参加者が放棄に同意すれば、これらの者は開示できる⁸⁰⁾。メディエーターが開示する場合には、メディエーターの同意も必要である⁸¹⁾。

- (b) 後の手続で、メディエーション・コミュニケーションを開示し又は陳述することが、当該手続において他者に不利益をもたらす場合、その開示・陳述した者は4条の秘密保持を主張することはできない。但し、主張が禁止されるのは、その開示又は陳述に関連して害される他者のために必要な限度においてのみである。

公平の観点から、秘密保持の利益の放棄を悪用することを防ぐ趣旨である⁸²⁾。すなわち、明確に秘密保持の利益を放棄しては不在が、他者に不利益な開示・陳述をした者は、他者がその不利益な開示等に反証するため、秘密性を有する他のコミュニケーションを持ち出した場合、実は秘密保持の利益は放棄していなかったと主張して、他者の反証を止めることはできないということである。

- (c) 犯罪の計画を立てるか、犯罪を成し遂げるか若しくは犯罪の実行に着手するため、又は現在進行中の犯罪若しくは犯罪的行為を隠すために、メディエーションを故意に利用する者は、4条の秘密保持の対象から除外される。

(3) 6条

6条は、秘密保持の例外、すなわち、秘密保持の趣旨と証拠の必要性を利益

80) *Id.*

81) *Id.*

82) Unif. Mediation Act, Prefatory Note (2001), § 5. Comment.

衡量して後者が前者を類型的に上回る場合を定めている。

ア 6条(a)(1) 合意文書がある場合。但し、全当事者の署名が必要⁸³⁾

UMAでは、署名を持って合意した事項が文書や記憶媒体のような記録に残されていれば、秘密保持の例外となることを定めている。合意文書の典型は、ミディエーションに付する契約やミディエーションの手續に関する約束等がある。当該和解契約は、後日履行を求めて争いになることが多く、和解契約に関する争いの立証活動を支える趣旨である。

一般に、米国の契約法では、詐欺防止条項（Statute of Frauds）による例外を除いて口頭による合意も有効である⁸⁴⁾。しかし、UMAで記録を要求した理由は、UMAの起草者によると、口頭で足りるとすればミディエーションにおける会話は全て合意があったと主張されかねず、例外が原則になりうる虞があり、また、口頭による合意は不正確で新たな紛争になるからである⁸⁵⁾。

「合意文書」は、広く解釈されており、「記録」で立証できるものならば制限はなく、例えば、和解の内容の記録のみならず、どのようにミディエーションが行われるかの合意でもよい⁸⁶⁾。

「記録」とは、有形の記憶媒体、電子記録媒体、その他の媒体で認識される形式で内容を復元できるものを指す⁸⁷⁾。

「署名」とは、①記録を認証する意思を持って、有形的なシンボルを作るか若しくは取り入れること、又は②記録を認証する意思を持って、電子的なシンボルを添えられるか、論理的に関連させるか、又は記録を操作することをいう

83) UMA § 6. Exceptions to Privilege.

(a) There is no privilege under Section 4 for a mediation communication that is:

(1) in an agreement evidenced by a record signed by all parties to the agreement;

84) E.Allan Farnsworth, William F. Young, Carol Sanger, Neil B. Cohen & Richard R. W. Brooks, *Contracts: Cases and Materials* 257 (7th ed. 2008).

85) Unif. Mediation Act, Prefatory Note (2001) § 6 Comment.

86) *Id.*

87) UMA § 2 Definitions (8).

としている⁸⁸⁾。

以上から、本項より除外されるのは、Eメールとテープ録音があげられるが、その他は裁判所の判断に委ねられる。

イ 6条 (a) (2) 公的記録⁸⁹⁾

本条項は、コミュニケーションが一般人の手に入るもの〔原文では参照する Open Records Act を挿入〕、公開のメディエーションの間になされたコミュニケーション、又は法律上公開が義務付けられているコミュニケーションを例外として定める。

本条項の趣旨は、公にアクセスできる情報ならば、秘密保持を与えて保護する必要性がないことに基づくものである。但し、UMA が既存の各州の情報公開法に優先するものではないことを明記するため、当該州法に定められた公の情報についてのみ、例外を認めている。当該州法が明記されている州は、ネブラスカ州、オハイオ州、アイオワ州、バーモント州、ユタ州、アイダホ州及びコロンビア特別区である。

ウ 6条 (a) (3) 侵害の脅迫⁹⁰⁾

本条項は、身体に危害を加えるか、若しくは暴力的な犯罪を犯すとの脅迫又はそのような企てを陳述したそのコミュニケーション。

その趣旨は、身体に危害を加えるか、若しくは暴力的な犯罪を犯すことについての強迫や陳述自体は秘密保持を認めて保護することに値せず、公序良俗に反するものであるから明記したものである。なお、オハイオ州は、侵害の急迫性という要件を付加して、当該例外の範囲をさらに狭めている。また、ワシ

88) *Id.* § 2 Definitions (9).

89) UMA § 6.(a) (2) available to the public under [insert statutory reference to open records act] or made during a session of a mediation which is open, or is required by law to be open, to the public;

90) UMA § 6.(a) (3) a threat or statement of a plan to inflict bodily injury or commit a crime of violence;

トン D.C. も身体障害と犯罪の種類を限定して、例外の範囲を狭めている。

エ 6条(a)(4) 犯罪に悪用する場合⁹¹⁾

本条項は、犯罪の計画を立てるため、犯罪を成し遂げるか若しくは犯罪の実行に着手するため、又は現在進行中の犯罪若しくは犯罪的行為を隠すために、ミディエーションのコミュニケーションを故意に利用する場合を例外として定める。

このような場合も、秘密保持よりも公共の安全の方が優先する利益であることは自明の理であるから、例外として明記したものである⁹²⁾。UMA 以外の州法でミディエーションの秘密保持を定める場合、殆どの州が犯罪の計画などを例外条項としている⁹³⁾。

「犯罪」には、基本的に限定はないが、UMA 以外の多くの州法が詐欺を除外しており、それは詐欺が主として民事事件で争われるケースが多いからである⁹⁴⁾。

また、過去の犯罪は例外の対象になっておらず、現在進行形のものが開示することができるようになっている。この点は、過去の犯罪も対象にするか起草の段階で検討されたが、過去の犯罪は別的手段、つまり警察に通報する等して開示することができるという理由から例外から除外された⁹⁵⁾。

オ 6条(a)(5) ミディエーターの不正行為等⁹⁶⁾

本条項は、ミディエーターにつき、専門家の不正行為若しくは過誤があると

91) UMA § 6.(a) (4) intentionally used to plan a crime, attempt to commit or commit a crime, or to conceal an ongoing crime or ongoing criminal activity;

92) Unif. Mediation Act, Prefatory Note (2001), § 6 Comment.

93) *Id.*

94) *Id.*

95) *Id.*

96) UMA § 6.(a) (5) sought or offered to prove or disprove a claim or complaint of professional misconduct or malpractice filed against a mediator;

して申立て若しくは訴え提起があり、その請求・主張の立証若しくは反証のために、要請又は提供されたコミュニケーションを例外として定める。

ミディエーターが不正行為又は過誤を犯した場合、そのような行為を正す手段を封じると、ミディエーション自体に対する信頼が失われることになるという観点から、当該主張や立証を助成するために認められたものである⁹⁷⁾。さらに、本条項は、ミディエーターの不正行為に関する申立ても促進して、ミディエーションの質を一定程度に維持する役割も目指している⁹⁸⁾。

カ 6 条 (a) (6) 当事者等及び専門家の職務過誤⁹⁹⁾

以下の (c) に定める場合の他、ミディエーション当事者、非当事者参加者若しくは当事者の代理人に関し、ミディエーションにおいて不正行為若しくは過誤があるとの申立て若しくは訴え提起があり、その請求・主張の立証若しくは反証のために、要請又は提供されたコミュニケーションが例外である。

かかるミディエーションの参加人に関し、ミディエーションにおいて不正行為若しくは過誤があったとする申立ては少なからずあり、例えば、当事者やその代理人の弁護士が虚偽の陳述を行った等の行為がその典型例である。このような不正行為は、弁護士等の専門職の倫理規則に従い判断されるべきではあるが、立証のために、秘密保持を緩和して不正行為を許さないとしたものである¹⁰⁰⁾。これによって、ミディエーション全体の公正さを確保し、ミディエーションに対する利用者の信頼を担保するものである¹⁰¹⁾。

なお、ミディエーターは本条項の開示主体から除外されている¹⁰²⁾。つまり、

97) Unif. Mediation Act, Prefatory Note (2001), § 6 Comment.

98) *Id.*

99) UMA § 6.(a) (6) except as otherwise provided in subsection (c), sought or offered to prove or disprove a claim or complaint of professional misconduct or malpractice filed against a mediation party, nonparty participant, or representative of a party based on conduct occurring during a mediation.

100) Unif. Mediation Act, Prefatory Note (2001) § 6 Comment.

101) *Id.*

上記の不正行為を証言する必要はない。これは、ミディエーターが証言を強制されると、多かれ少なかれ、一方当事者に有利な証言をせざるを得ない場合があり、それがミディエーターの当事者に対する中立性を損なうことになるというのである¹⁰³⁾。偏頗なミディエーターの存在は、ミディエーションの利用者にとって、全てを正直かつ率直に開示する姿勢を躊躇させることになり、それは結局、ミディエーションの趣旨である自由な意思決定を阻害することになる危険性がある¹⁰⁴⁾。

キ 6 条 (a) (7) 虐待、ネグレクト、遺棄及び搾取¹⁰⁵⁾

児童又は成人の保護機関が一方当事者である手続において、虐待、ネグレクト、遺棄若しくは搾取を立証若しくは反証するためにコミュニケーションが要請又は提供された場合。但し、[A 案：[児童又は成人の保護を挿入] 事件が裁判所によってミディエーションに付託され、かつ公共機関が参加している場合は除かれる。] [B 案：公共機関が[児童又は成人の保護を挿入] のためのミディエーションに参加した場合は除かれる。]

本条項は、虐待、ネグレクト、遺棄若しくは搾取を立証若しくは反証するために秘密保持の例外を定める。かかる虐待、ネグレクト、遺棄若しくは搾取を少しでも阻止するためである¹⁰⁶⁾。このような条項は、UMA 以外の州法にも極めて多く導入されており、特に家事事件のミディエーションに顕著であ

102) UMA § 6(c) A mediator may not be compelled to provide evidence of a mediation communication referred to in subsection (a) (6) or (b) (2).

103) Unif. Mediation Act, Prefatory Note (2001) § 6 Comment.

104) *Id.*

105) UMA § 6 (a) (7) sought or offered to prove or disprove abuse, neglect, abandonment, or exploitation in a proceeding in which a child or adult protective services agency is a party, unless the [Alternative A: [State to insert, for example, child or adult protection] case is referred by a court to mediation and a public agency participates.] [Alternative B: public agency participates in the [State to insert, for example, child or adult protection] mediation].

106) Unif. Mediation Act, Prefatory Note (2001) § 6 Comment.

る¹⁰⁷⁾。

本条項は、児童又は成人の保護団体が一方当事者である手続のみに適用される。その理由は、離婚のように個人が当事者である場合には、児童の虐待やネグレクト等があれば、少なくとも他方が知りうる蓋然性が高く、被害を最小に食い止めることはできるが、団体の場合が当事者である場合、虐待等を発見する機会に乏しいからである¹⁰⁸⁾。個人の場合には、虐待などを証拠として採用される必要性に乏しい反面、秘密保持の必要性が高いといえる¹⁰⁹⁾。

本条項には例外の例外、つまり、原則に戻って秘密保持が認められる二通りのケースを定めている。A 案は、虐待等の通報があり、事件が裁判所によってメディエーションに付託されており、かつ公共機関がそのメディエーションに参加する場合である。B 案：裁判所によるメディエーションの付託は必要なく、公共機関のメディエーションへの参加で足りる。A 案の方が要件は厳しいので、原則に戻って秘密保持を主張できるケースは B 案より限定されるといえよう。UMA を採択した 11 州のうち、A 案を採択しているのは、イリノイ州、アイオワ州及びバーモント州のみで、残りの州は、B 案である。

ク 6 条 (b) (1) 刑事手続¹¹⁰⁾

6 条 (b) は、後日の刑事手続と和解契約に関わる手続における例外を定める。裁判所が秘密保持の保護法益と証拠の必要性を利益衡量して、秘密保持の

107) Cole, *supra* note 4, at 359-360.

108) *Id.*

109) *Id.*

110) UMA § 6.(b) There is no privilege under Section 4 if a court, administrative agency, or arbitrator finds, agree a hearing in camera, that the party seeking discovery or the proponent of the evidence has shown that the evidence is not otherwise available, that there is a need for the evidence that substantially outweighs the interest in protecting confidentiality, and that the mediation communication is sought or offered in :

(1) a court proceeding involving a felony [or misdemeanor]; or (2) except as otherwise provided in subsection (c), a proceeding to prove a claim to rescind or reform or a defense to avoid liability on a contract arising out of the mediation.

例外を認めるところに特徴がある。

（1）重罪〔又は軽罪〕にかかる裁判所手続

本条項は、前7項に定める類型的な事実がなくとも、当該証拠の必要性が秘密保持の保護法益を相当程度上回る場合に、一定の要件の下で例外を拡充したものである。秘密保持の除外を主張する者が、①当該証拠の必要性が秘密保持の保護法益を相当程度上回ることを立証し、②ミディエーション・コミュニケーションが重罪〔又は軽罪〕にかかる刑事裁判手続で請求又は提供されることを立証し、かつ③裁判所、行政機関又は仲裁人がインカメラ手続を経て認容する判断をした場合には、第4条の秘密保持は除外される。

起草者は、秘密保持の対象となる犯罪を重罪か軽罪か選択できるようにして、秘密保持と刑事司法の法益の権衡を各州の判断に委ねた。刑事裁判において証拠は言うまでもなく不可欠のものであり、有力な証拠が採用されないとすれば刑事司法の運営は極めて困難になる¹¹¹⁾。他方で、ミディエーションでは正直・率直が是とされている以上、ミディエーションの参加者は陳述したことが後に刑事裁判で不利益に働かないという合理的な期待もある¹¹²⁾。つまり、秘密保持の利益と刑事司法の法益のバランスは極めて微妙かつ、難しいものであるの、住民の自己決定権に委ねたのである。

UMAを採択した11州のうち、約半分が軽罪も選択し、軽罪についても秘密保持原則の例外になるよう拡充している。

本条項の例外を決めるのは、利益衡量に基づくので、裁判例を検討する。ニュージャージー州の事件である *State v. Williams* は、第3級の加重暴行罪と第4級の武器所持罪で起訴された被告人が正当防衛を主張し、ミディエーションでは正当防衛を基礎づける事実が提出されたので、ミディエーターにその事実を証言させるべく、証人申請した事件である¹¹³⁾。ニュージャージー州最高裁は、被害者がショベルを取り上げたという証言は、秘密保持の法益を上回る

111) Unfi. Mediaiton Act, Prefatory Note (2001) § 6 Comment.

112) *Id.*

113) *State v. Williams*, 184 N.J. 432, 877 A.2d 1258 (2005).

ほど重大な証拠とはいえないとして、当該証人申請を却下した。裁判所は、問題となっている証拠を検討し、証拠力も吟味した上で、その内容ならば他から同じ事実を認定できること、また、ミディエーターは被告人の友人であるので、ミディエーターとしての中立性の問題も生じることも考慮にいれている¹¹⁴⁾。

思うに、本条項の適用は、秘密保持の法益と刑事司法における証拠の必要性の利益衡量である。しかし、秘密保持は、非常に曖昧なかつ広範囲の概念なので、本条項の利益衡量をする際には、秘密保持と比較するよりも、むしろ、実質的に、当該証拠の証拠能力及び証拠力、争点との関連性をより詳細に吟味していく以外にはないのではないだろうか。この点、上記 *State v. Williams* は、このようなアプローチを取っていると考えられ、妥当であると思われる。

ケ 6 条 (b) (2) 和解契約の効力及び執行力¹¹⁵⁾

(2) (c) に定める他、ミディエーションから生じる契約上の義務を無効にし、修正し、又はそれに対して抗弁するための手続におけるミディエーション・コミュニケーションは例外となる。

本条項は、前項と同様に、前 7 項に定める類型的な事実がなくとも、当該証拠の必要性が秘密保持の保護法益を相当程度上回る場合に、一定の要件の下で例外を拡充したものである。秘密保持の除外を主張する者が、①当該証拠の必要性が秘密保持の保護法益を相当程度上回ることを立証し、②ミディエーションから生じる契約上の義務を無効にし、修正し、又はそれに対して抗弁することを立証し、かつ③裁判所、行政機関又は仲裁人がインカメラ手続を経て認容する判断をした場合には、第 4 条の秘密保持は除外される。

本条項が定めるミディエーションの和解契約を巡る紛争は、ミディエーションに関して裁判上最も頻繁に争われる争点である¹¹⁶⁾。本条項は、和解契約の執行力に関する争いの証拠の提出を助けることにより、ミディエーションの公

114) *Id.*

115) UMA § 6.(b) (2) except as otherwise provided in subsection (c), a proceeding to prove a claim to rescind or reform or a defense to avoid liability on a contract arising out of the mediation.

平・公正性を担保するものである¹¹⁷⁾。

Lehr v. Afflitto においては、離婚のミディエーションの和解契約につき、当事者が契約の要素を理解して合意したかどうかが裁判で争いになり、ミディエーターの証言を認めたニュージャージー州の下級審の判断を上級審が違法としたものである¹¹⁸⁾。当時、UMA は施行される以前であったが、上級審はUMA の利益衡量論は、事件を分析する上で指針になるものであるから、それを本件にあてはめると、証拠の必要性が秘密保持の法益を上回るものとはいえないと判断した¹¹⁹⁾。

コ 6 条 (d) 開示の限界¹²⁰⁾

本条項は、開示は必要最小限であることを確認する規定である。ミディエーション・コミュニケーションが (a) 又は (b) において秘密保持が認められない場合には、非開示の例外を適用するために必要なコミュニケーションの部分のみが証拠として採用されうる。(a) 又は (b) の下で証拠として採用されても、その証拠又は他のミディエーション・コミュニケーションが他の目的でディスカバリーの対象となり、証拠として採用されうることを意味するものではない。

(4) 7 条 (b) ミディエーターのレポート¹²¹⁾

原則として、ミディエーターは裁判所、行政機関、仲裁人に対して報告をす

116) James R. Coben & Peter N. Thompson, Disputing Irony: A Systematic Look at Litigation About Mediation, 11 Harvard Negotiation Law Review 43, 57 (2006).

117) Unif. Mediation Act, Prefatory Note (2001) § 6 Comment.

118) *Lehr v. Afflitto*, 382 N.J. Super. 376, 889 A.2d 462 (N.J. Super. Ct. App. Div. 2006).

119) *Id.*

120) UMA § 6. (d) If a mediation communication is not privileged under subsection (a) or (b), only the portion of the communication necessary for the application of the exception from nondisclosure may be admitted. Admission of evidence under subsection (a) or (b) does not render the evidence, or any other mediation communication, discoverable or admissible for any other purpose.

ることはできないが、本条項 (b) において、例外的にミディエーションの内容を報告することができる場合を定める。

UMA が採択されるまでは、ミディエーターが裁判所等にレポートできるか否かにつき、各州の制定法にこのような定めがなかったため、しばしば争われてきたので、UMA によってその線引きを明確にしたのである¹²²⁾。裁判所による強制的なミディエーション等の場合には、裁判所の事件管理のために、ミディエーションの開催や終了、和解の有無等の情報を定期的に把握しておく必要がある。また、虐待等を了知した専門職には各州法により通報義務が課されている場合があり、同義務と秘密保持との衝突が問題となっていたのである。

オハイオ州の高等裁判所は、*Anthony v. Andrews* において、UMA 7 条 (b) は、ミディエーションが行われたか否か、和解が終了したか否か、和解の成立の有無、出席の有無のみしか記載されておらず、秘密保持の重要性に鑑みると、一方当事者が和解案に同意したかどうかは同条項に含まれず、秘密保持原則の例外として許容できないとした¹²³⁾。

第 4 連邦法

1998 年に、Alternative Dispute Resolution Act 1998 が議会で採択され、全ての連邦地裁で ADR を開始すること、全民事事件につき種々の ADR を採用する

121) UMA § 7.(a) Except as required in subsection (b), a mediator may not make a report, assessment, evaluation, recommendation, finding, or other communication regarding a mediation to a court, administrative agency, or other authority that may make a ruling on the dispute that is the subject of the mediations.

(b) A mediator may disclose: (1) whether the mediation occurred or has terminated, whether a settlement was reached, and attendance; (2) a mediation communication as permitted under Section 6; or (3) a mediation communication evidencing abuse, neglect, abandonment, or exploitation of an individual to a public agency responsible for protecting individuals against such mistreatment.

122) Unif. Mediation Act, Prefatory Note (2001), § 7 Comment.

123) *Anthony v. Andrews*, 2009-Ohio_6378, 2009 WL 4547605 (Ohio Ct. App. 11th dist. Portage County 2009).

ための規則を作ることが義務付けられた¹²⁴⁾。同法は、ADR 手続の秘密保持を守ること、及び当該秘密保持情報の開示を禁じることの定めを設けている¹²⁵⁾。ここでは、かかる要請が具体化された Federal Rules of Evidence（連邦証拠規則）を取り上げる。なお、1996 年に制定された、Administrative Dispute Resolution Act of 1996（ADRA）¹²⁶⁾ は、連邦政府が行う行政手続（administrative program）に関する紛争（規則制定手続、行政裁決、ライセンスの付与又は行政探査を通じて、公共の利益、権利・利益、個人の義務の確定に関する争い）のみに適用される特別法であるので、ここでは割愛する。

連邦証拠規則（Federal Rules of Evidence）

連邦証拠規則の中で、ミディエーションに関係する条文は以下の 408 条と 501 条である。

（1） 408 条 譲歩を伴う申出及び交渉

コモンローの伝統として、紛争中の請求に関する譲歩の申出、それに対する応答及び和解契約は、正式な ADR 手続でなされたか否かを問わず、訴訟で当該請求権の適法性又は金額を立証する証拠としては利用することができないとされてきた¹²⁷⁾。本条はこのような裁判上の証拠排除原則を規定するものであり、譲歩を伴う交渉を包含するミディエーションにも本条の適用があることはいうまでもない。

124) The Alternative Dispute Resolution Act of 1988: Implementing a New Paradigm of Justice, 76 New York University Law Review 1768 (2001).

125) Alternative Dispute Resolution Act of 1998 § 4(d) CONFIDENTIALITY PROVISIONS (omit each district court shall, by local rule adopted under section 2071(a), provide for the confidentiality of the alternative dispute resolution processes and to prohibit disclosure of confidential dispute resolution communications).

126) The Administrative Dispute Resolution Act of 1996, Pub. Law 104-320 (amending Pub. Law 101-552 and Pub. Law 102-354).

127) Cole, *supra* note 4 at 279.

408 条 (a) は、証拠排除の原則論を定める¹²⁸⁾。争われている請求の妥当性若しくはその金額を立証若しくは反証する目的、又は前の相反する供述若しくは矛盾により弾劾する目的をもって、以下の(1)又は(2)を証拠として提出することは認められない。本条の証拠排除原則は、民事のみならず刑事手続にも適用される¹²⁹⁾。

- (1) 当該請求につき譲歩又は譲歩を試みるに際し、有価約因を提供、約束若しくは申出を行い、又は受諾、受諾の約束、受諾の申出若しくはその受諾を約束する場合。
- (2) 当該請求に関する和解の交渉において行った行為又は供述（刑事事件及び公的機関の規制、調査又は法の執行においてなされた場合は除かれる。）

408 条 (b) は、(a) の例外を定める¹³⁰⁾。裁判所は、上記で定める以外の目的をもって(1)又は(2)の行為を行った場合には、証拠として排除されない。例えば、証人の偏見若しくは予断を立証し、不当な遅延の主張を否定し、又は犯罪捜査若しくは訴追を妨害しようとしたことを立証するなど前項の規定により禁止されていない目的で証拠を提出する場合である。また、多くの州法で子供の

128) Rule 408. Compromise Offers and Negotiations

(a) Prohibited Uses. Evidence of the following is not admissible—on behalf of any party—either to prove or disprove the validity or amount of a disputed claim or to impeach by a prior inconsistent statement or a contradiction: (1) furnishing, promising, or offering—or accepting, promising to accept, or offering to accept—a valuable consideration in compromising or attempting to compromise the claim; and (2) to conduct or a statement made during compromise negotiations about the claim—except when offered in a criminal case and when the negotiations related to a claim by a public office in the exercise of its regulatory, investigative, or enforcement authority.

129) Fed. R. Evid. Rule 101 (a).

130) (b) Exceptions The court may admit this evidence for another purpose, such as proving a witness's bias or prejudice, negating a contention of undue delay, or proving an effort to obstruct a criminal investigation or prosecution.

虐待に関する証拠も許容されている。

(b)で列挙された目的は例示列挙であり、損害の低減、共謀、証人の先入観・偏見の欠如、意図、動機、クラスアクションの代表資格、ドキュメントへのアクセス、その他の紛争の説明等を目的とする場合につき、裁判例の蓄積がある¹³¹⁾。

本条の特徴は、証拠として排除される範囲が、極めて限定的な立証目的に絞られていることである。すなわち、請求に関する妥当性若しくは金額の立証・反証目的、又は以前の相反供述若しくは矛盾により弾劾する目的の場合にのみ証拠排除される。UMA や多くの州法の定めが目的を問わないところと大きく異なるところである。これは、証拠排除を正当化する根拠が、請求と金額に関する発言等については証拠としての価値が低いこと、及び当事者が最も後訴で開示されることを恐れるという経験則に基づくといわれている¹³²⁾。

(2) 501 条 秘匿特権

501 条は連邦証拠規則の秘匿特権の一般原則を定める¹³³⁾。秘匿特権と証拠排除の原則は、当該資料が裁判手続において証拠として排除されるという意味で共通性を有するが、以下の点で差異が生じる。一般に、秘匿特権は裁判上のみならず、あらゆる場面で秘密保持として機能するのに対し、証拠排除原則は裁判上、証拠として認められるか否かに限定される¹³⁴⁾。また、前者は目的に

131) Cole, *supra* note 4 at 288–289.

132) Cole, *supra* note 4 at 287.

133) Fed. R. Evid. Rule 501. Privilege in General: The common law — as interpreted by United States courts in the light of reason and experience — governs a claim of privilege unless any of the following provides otherwise:

- the United States Constitution;
- a federal statute; or
- rules prescribed by the Supreme Court.

But in a civil case, state law governs privilege regarding a claim or defense for which state law supplies the rule of decision.

134) Cole, *supra* note 4 at 279–280.

よって制限されず、どのような目的でも認められるのに対し、証拠排除では上述のように制限が加えられるのが一般的である¹³⁵⁾。

501 条は、明文でメディエーションにこのような秘匿特権を認めておらず、連邦裁判所のケースバイケースによる判断に委ねている¹³⁶⁾。すなわち、条文では、秘匿特権に関しては、州籍相違事件（diversity case）については、合衆国憲法、連邦法又は連邦最高裁の規則に格別の定めがなければ、連邦裁判所の判断（コモンロー、判例法）に委ねられるとする¹³⁷⁾。但し、民事事件については、当該請求又は防御に関し、Rules of Decision（28 U.S.C. § 1652, 裁判準則法）にこのような州法があるならば、当該請求又は防御に関わる秘匿特権については、州法を適用するとする¹³⁸⁾。

この立法趣旨は、秘匿特権のような実体関係に影響を及ぼす場面では、やむを得ない理由がない限り、連邦法は州法より優先することはできないところ、請求又は防御が連邦問題（Federal questions）ではないならば、州法ではなく連邦法を適用することを正当化する連邦の利益はないと立法制定者らは考えているからである¹³⁹⁾。連邦最高裁のエリー判決（1938）を前提にした解釈である¹⁴⁰⁾。

そうすると、刑事又は民事の連邦問題では、連邦法又は裁判所規則に定める秘匿特権が原則として適用され、例外的に裁判所の判例法に委ねられる。逆に、民事の州籍相違事件の場合には、州法の実体法が問題になるため、連邦法が裁判準則法にならない限り、州法の秘匿特権が適用になる¹⁴¹⁾。

本条により連邦裁判所で州法が適用になった裁判例の一つが、前述の *Mut. Of Enumclaw v. Cornhusker Cas. Ins. Co.* である。本裁判例では、一般に証拠法は手続法に属するが、州法の実体的判断と深く結びつき、州実体法の法政策を実

135) *Id.*

136) Cole, *supra* note 4 at 299.

137) Fed. R. Evid. Rule 501

138) *Id.*

139) Fed. R. Evid. § 501, Notes of Committee on the Judiciary, House Report No.93-650.

140) *Erie Railroad Co. v. Tompkins*, 304 U.S. 64 (1938).

141) Fed. R. Evid. § 501, Notes of Committee on the Judiciary, Senate Report No.93-1277.

現する証拠法の場合には、実体法そのものといえるところ、UMA はかかる証拠法に該当するとした上で、連邦証拠規則 408 条ではなく、UMA を適用した。もっとも、75,000 米ドルを超える係争金額（28 U.S. Code § 1332(a)）に関して争いがある場合には、連邦裁判所は一貫して連邦法の秘匿特権を適用している¹⁴²⁾。

第 5 判例調査

ここまで制定法及び裁判例の秘密保持原則の内容、範囲及びそれらの構成要素は何かを検討してきた。では、そもそも、秘密保持原則が裁判で争われた場合、裁判所はどのような判断をしてきているのであろうか。秘密保持原則を肯定するのか、否定するのか、その理由は何か。否定と肯定の割合はどのくらいか。以下では、ハムライン大学のコーベン教授（James R. Coben）らが行った裁判例の調査報告書（Disputing Irony: A Systematic Look at Litigation About Mediation）¹⁴³⁾を取り上げる。

当該リサーチは Westlaw のデータベースで 1999 年から 2003 年までの 5 年間で、ミディエーションが裁判で争われた事例、合計 1,223 件を分析している。全件のうち、秘密保持に関して出された裁判官の判断は、全体の中で 4 番目に多い 152 件（約 12%）である¹⁴⁴⁾。

152 件の判断のうち、証言やディスカバリーを認容するか否かが争点になった事件は 130 件（1,223 件の約 11% を占める。）であり、そのうち、57 件（約 44%）が秘密保持を全面的に肯定し、8 件（約 6%）が一部分肯定し、60 件（約 46%）は全面的に否定し、5 件（4%）が判断を保留している事例である¹⁴⁵⁾。

142) Cole, *supra* note 4 at 275.

143) James R. Coben & Peter N. Thompson, *Disputing Irony: A Systematic Look at Litigation About Mediation*, 11 *Harvard Negotiation Law Review* (2006), at 43-146.

144) Coben, *supra* note 143, at 57.

145) Coben, *supra* note 143, at 58.

1 秘密保持が争点とならなかったケース

1,223 件の全事件（以下「全事件」という。）の中で、67 件がミディエーターの証言又は宣誓供述書があった事件である。そのうちの 45 件（約 67%）は、秘密保持が争点とならず、当事者から反論もなく、証拠採用されて裁判所の審査を経ていない¹⁴⁶⁾。

また、全事件のうち、他の 87 件は、当事者又はその代理人からミディエーターのミディエーションにおける陳述及び行為について証拠が提出されたものである。そのうち、65 件（約 75%）が当事者の反論もなく証拠として採用された¹⁴⁷⁾。

このような秘密保持が争点とならなかったケースの証拠の内容は、概ね、ミディエーションの出欠、当事者の参加に関する積極性、クラスアクション交渉等である¹⁴⁸⁾。

さらに、全事件のうち、他の 359 件の事件がミディエーターの証言以外の証拠を採用しており、そのうちの 266 件（約 74%）が当事者の反対もなく、裁判所の審査もなかった事例である¹⁴⁹⁾。

以上からすると、ミディエーションに関して後日争われた全裁判例のうち、秘密保持を認容するか否か争われた事例は、分析対象事例合計 1,223 件の 11% にしかすぎない。つまり、ミディエーターの証言も、ミディエーションのコミュニケーションの証拠提出も、前述のように、概ね過半数以上の裁判例において当事者が反対しておらず、争点となっていないことが分かる。言い換えると、この統計に関する限り、当事者は、ミディエーションのコミュニケーション等を証拠として提出することに、思いのほか、抵抗感がないようにも見えるのである。そうすると、秘密保持に関する後日の紛争は、数の上では最重要の問題であるとは言い難いようにも見えるのである。

146) Coben, *supra* note 143, at 59.

147) *Id.*

148) Coben, *supra* note 143, at 59–61.

149) Coben, *supra* note 143, at 62.

もっとも、証言やディスカバリーを認容するか否かが争点になった事件のうち、46%の裁判例が秘密保持を全面的に又は一部分肯定し、46%が否定している結果は、肯定、否定が拮抗しており、司法判断としては大変難しいことを示唆しているのではないと思われる。

2 秘密保持が争点となったケース

前述のように、ミディエーターの証言又は宣誓供述書がある事例、即ち、ミディエーターから直接証拠提出された事例は67件あり、そのうちの22件（約33%）が当事者から反対があった¹⁵⁰⁾。

当事者又はその代理人からミディエーターのミディエーションのコミュニケーションに関する証拠提出があった事例は87件あり、そのうち、当事者が反対したのはわずか22件（約25%）であった¹⁵¹⁾。

前述の秘密保持が全面的に肯定された事例57件（約44%）のうち、約20%超がカリフォルニア州の裁判例である¹⁵²⁾。

秘密保持が全面的に否定された事例60件（約46%）の理由は、放棄、同意、手続がミディエーションではなかったと認定し、証拠の提出者がミディエーターではなかったと認定し、ミディエーション・コミュニケーションが実際は開示されていなかったと認定したケース等である¹⁵³⁾。

第6 結び

米国のミディエーションの秘密保持の法制度は、各州法、UMA、連邦法でその内容は様々である。連邦証拠規則の秘密保護の範囲は極めて限定的であるが、民事の州籍相違事件の場合には、連邦法が裁判準則法にならない限り、州

150) Coben, *supra* note 143 at 63.

151) Coben, *supra* note 143 at 63-64.

152) Coben, *supra* note 143 at 64.

153) Coben, *supra* note 143 at 66-67.

法の秘匿特権・秘密保持が適用になることから、相当数のケースが州法及び UMA の適用の下にあるのではないかと推測できる。そこで、各州法及び UMA の分析が重要になってくる。

米国のミディエーションにおける秘密保持制度の趣旨は、後日の紛争でミディエーションのコミュニケーションが証拠にならないという信頼が正直、誠実、率直な話し合いを促進することになるということであり、各州法・UMA において異論はない。また、この秘密保持制度がミディエーション制度を支える核心であるという理解においても異論はないだろう。

もっとも、この秘密保持原則に対して、例外をどこまで認めるかは州法、UMA、裁判所により異なる。例えば、カリフォルニア州は秘密保持原則に忠実であり、例外を拡張することには極めて慎重といえる。なぜならば、コーベン教授が行った調査によると、秘密保持の原則が争点となった事例のうち、秘密保持を肯定した事例の 20% 超がカリフォルニア州の裁判例であり、前述したカリフォルニア州最高裁の一連の判断は明文以外に裁判上の例外を認めることを否定してきたからである。他方で、同教授の調査結果によると、秘密保持を全面的に又は一部分肯定する裁判例は全体の 50% に対し、否定する裁判例は 46% に達し、肯定・否定が概ね拮抗していることを示している。

なお、米国のような秘密保持の原則論を共有しない日本から見ると、そもそも、同原則の趣旨を支える社会的な事実が本当に存在しているのだろうかと素朴な疑問がぬぐい切れない。ミディエーションの当事者はミディエーションにおけるコミュニケーションが後日証拠とならないことを信頼して、数ある紛争解決方法の中からミディエーションを選択しているのか、秘密保持制度があるからこそミディエーションの和解率が上昇するのか、実証的な調査が必要ではないだろうか。

秘密保持の制定法については、各州法と UMA を比較した限り、原則条項、例外条項のどちらにおいても、後者がより詳細、精密かつ網羅的であり、制定法の完成形といえる。具体的には、UMA では、秘密保持の対象は、ミディエーションの期日のみならずその準備やミディエーションをすること自体の検

討の過程で生じた全てのコミュニケーションとする。ここでいうコミュニケーションは、発言、行為等のあらゆる意思伝達であり、口頭、書面、電子記録媒体等の存在形式を問わない。

秘密保持制度の名宛人は、当事者、ミディエーター及び非当事者参加者である。ミディエーターが名宛人となっている理由は、ミディエーターが秘密保持の理念を職業的に実現する存在として考えられていること、及び、当事者から信頼を受けて秘密を打ち明けられたミディエーターが、後に当該当事者に不利な証言を強いられると、ミディエーターと当事者との信頼関係に影響を与えることになり、ミディエーターには独自に職務上の利益があるからである。この点が、当事者のプライバシー保護を目的とする日本の民事調停法等とは明らかに異なるところである。また、非当事者参加者には、後の手続で証言を強制されると一方当事者に不利又は有利な証言とならざるを得ない場面に直面することになる以上、独自の利益が存在すると考えられているからである。

秘密性を有するとは、このようなコミュニケーションが後日の訴訟を含むあらゆる手続で証拠として利用できないこと、及びディスカバリーの対象とならないことを意味する。

秘密保持原則の例外とは、かかる原則論を貫くと、コミュニケーションが後の手続で証拠として利用することができなくなり、司法的な正義及び政策的目的が実現できないという不都合を避ける趣旨である。つまり、秘密保持原則の趣旨と証拠の必要性との利益衡量の上に、類型的に後者が前者を上回るケースを列挙したものであると理解できる。

州法の中には、例外を具体的に列挙せず、裁判所が秘密保持の趣旨と裁判における証拠の必要性を利益衡量するという一条項で賄っている建付けもある。しかし、秘密保持の趣旨は、ミディエーションを活性化するためのみならず、ミディエーションではコミュニケーションが後日の裁判で証拠にならないという人々の信頼を保護することにもある。裁判所の利益衡量に一任すると、当事者の合理的な予測を裏切ることになり、ミディエーション制度の活性化を妨げることになる。

州法と UMA に共通に見いだされる例外の一つに、例えば、ミディエーションで成立した和解契約を履行しないので、後訴で当該契約書や当事者の発言を証拠として提出するという必要性がある。州法及び UMA では、このような対立利益のうち、最も頻繁に争われる類型が例外条項として列挙されている。具体的には、秘密保持（の利益）を放棄する例外、和解契約・合意文書、危害・損害を加えるとの脅迫、犯罪計画・犯罪隠ぺい、子供の虐待、ミディエーターや代理人弁護士職務過誤・不正行為等である。

もっとも、前述の類型では救済できず、証拠の必要性が看過できない程重要な事例を救済するために、裁判所による利益衡量を行う条項も必要であることは言うまでもない。

なお前記の例外は、現時点での類型的事例に過ぎず、社会的事実の変化、政策目的の必要性により、例外条項の追加変更は柔軟に対処する必要があると思われる。