

資 料

権利救済法システムの比較研究（４）

権利救済法システム比較研究会
（代表者 松村 和徳）

スイス統一民事訴訟法の概要（４）

松 村 和 徳
吉 田 純 平

スイス統一民事訴訟法の概要 (4)

松村和徳
吉田純平

- I 研究の目的
- II スイス統一民事訴訟法の成立史
- III スイス民事訴訟における調停制度・Mediation (メデイエーション)
 - (1) 調停制度—調停前置主義— —以上51卷3号—
 - (2) Mediation (メデイエーション)
- IV スイス民事訴訟における判決手続
 - (1) 手続原則
 - (2) 訴訟要件
 - (3) 訴え
 - (4) 通常手続 —以上52卷1号—
 - (5) 当事者・多数当事者訴訟
 - (6) 訴訟行為, 訴訟指揮 —以上52卷2号—
 - (7) 証拠法 —以上本号—
 - (8) 判決効
 - (9) 上訴
- V スイス民事訴訟における特別手続
- VI スイスの執行手続
- VII スイスの仲裁手続

IV スイス民事訴訟における判決手続

(7) 証拠法

1. スイス民事訴訟法における証拠法の構造

新スイス民事訴訟法は、「証拠法」という概念でもって、証明対象, 証明権 (立証請求権), 証明責任, 証明度, 挙証及び証拠評価について、連邦法で規定し、統一化した。証拠法は、三つの部分で構成されている。まず総則部分 (スイス民訴150条~159条) であるが、ここでは、証明対象の問題がスイス民法

150条に、証明権が同152条に、証拠決定については同154条、証拠調べについては同155条に規定されている。そして、証拠評価については同157条が規定する。第二部は、協力義務と拒絶権に関する規定部分である（スイス民訴160条～167条）。当事者及び第三者の協力義務については、スイス民訴法160条以下に、拒絶権は同法162条～167条に規定されている。第三部は個々の証拠方法についての規定である（スイス民訴168条～193条）。これに対して、証明責任と証明度については、実体法による。以下、個々に概説する。

1) 証明対象

スイス民訴法も事実資料収集の原則として弁論主義を採用。したがって、事実の提出は当事者の責任であり、他方、事実関係に基づく適用可能な法の確定とその適用は裁判所の責任となる。事実の提出は、大別すると、事実関係の提示と事実の確定ないし挙証に分けられる。どのような事実関係の提示ないし事実主張が証明されなければならないか、換言すれば、どのような事実主張に証明が必要となるのかという問題が証明対象の問題である⁽¹⁾。その原則を規定するのがスイス民訴法150条であり、その例外を規定するのが、同法151条である。

(関連条文試訳)

第150条（証明の対象）

- 1 証明の対象は、法的に重要な、争いのある事実である。
- 2 慣習及び地方の慣行は証明の対象となりうる。また、財産法上の訴訟については、外国の法律も証明の対象となりうる。

第151条 公知の事実

公知の事実、裁判所に顕著な事実及び一般に承認された経験則は、証明を要しない。

第153条 職権証拠調べ

- 1 裁判所は、事実関係を職権によって確定しなければならないときは、職権により証拠調べをする。
- 2 争いのない事実の正当性に著しい疑いが存するときには、裁判所は職権により証拠調べをなすことができる。

①事実

証明が必要となるのは、原則として事実である（弁論主義の適用範囲では争い

(1) *Spühler/Tenchio/Infanger*, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3.Auflage. (2017), S.878, (*Peter Guyan*) など参照。

のある、主張された事実であり、職権探知主義の適用範囲では確定の必要な事実である)。スイス民法訴訟法は、この点において、法的に重要な事実と他の事実とを区別する。スイス民法訴訟法150条は、証明の対象となるのは「法的に重要な」、「争いのある」事実であると規定する。

a 「法的に重要な事実」＝請求を基礎づける事実

ここで、まず「法的に重要な事実」とは何か明らかにされる必要がある。「法的に重要な事実」とは、その存在又は不存在が裁判所の判決に影響を及ぼし得る事実をいう⁽²⁾。したがって、証明の対象となるのは、そこから当事者により申し立てられた法効果を導き出すために、裁判所が法規を適用するような事実である⁽³⁾。すなわち、証明の対象は、法規の構成要件を形成し、具体的な事案において認用されるべき請求を基礎づける事実であると言える⁽⁴⁾。スイス民法訴訟法150条は、それが法律によって証明対象として除外されない限りで（スイス民法訴訟法205条1項、216条2項など参照）、あらゆる種類の法的に重要な事実を証明対象とする⁽⁵⁾。したがって、請求を基礎づける事実（主要事実）を推認させる間接事実も、また証拠方法の証拠価値を推認させる補助事実も、証明の対象となりうる。事実でないものとしては、実状、出来事、または状況などが挙げられる。これらは、一般的に知覚可能なものである。他方、人間の思考や行動などの内的な状況（知識、意思、信念）も内面的事実として取り扱われる。

b 「争いのある事実」

次に、検討すべきは、証明の対象となる事実は「争いのある事実」のみであるという点である（スイス民法訴訟法150条1項）。法的に重要な事実の主張は、弁論主義の適用範囲では争われることによって初めて証明が必要となる。ある事実が争いのある事実としてみなされうるか否かは、裁判所が当事者のすべての陳述

(2) Botschaft des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28.6.2006 (Botschaft ZPO), BBl 2006, S.7311., *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn.1), S.880, (*Peter Guyan*) など参照。

(3) *Oberhammer/Domej/Haas* (Hrsg.), *Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2Aufl. (2013), S.759. (*Hans Schmid*). *Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler*, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 2.Aufl. (2016), S.229. など参照。

(4) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn.3), S.229.

(5) *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn.1), S.879, (*Peter Guyan*) など参照。

及び行為を考慮して判断する⁽⁶⁾。相手方当事者が法的に重要な事実主張の真実性に疑問を有する場合には、法的に重要な事実主張は争いあるものとなる。訴訟において争いのない事実の主張は、原則として証拠手続を経ずに裁判の基礎とすることができる。わが国の弁論主義における第二テーゼ（自白）からの帰結と同様である。さらに、両当事者が一致して述べている事実を、裁判所は、真実とみなすことができ、またみなさなければならないとされている⁽⁷⁾。裁判上の自白は、裁判外の自白と区別される。後者は、証明されなければならないが、訴訟において争われる事実の真実性のための間接事実となる。

ここでの事実、当事者によって主張されなければならない（主張責任）、しかも相手方の否認は理由づけを必要とする。当事者の事実主張は、理由づけ否認が可能な程度又は反証が提出できる程度に具体的にないし明確に理由づけられねばならない（理由づけ責任）。すなわち、相手方当事者は、それぞれについては、どの事実の主張を争い、もしくは認めるかを説明しなければならないのである（スイス民訴222条2項）。理由づけの程度は、実体法と相手方の行為から明らかになる⁽⁸⁾。しかし、理由づけ否認の要求は、証明責任の転換に至ることはない。

争いのない事実、証明を必要としない、という原則には、以下のような例外が存在する⁽⁹⁾。

- (1) 争いのない事実の正しさに重大な疑いが存在するとき、裁判所は、この事実について職権で証拠調べをすることができる（スイス民訴153条2項）。当事者が（怠慢から、もしくは不手際から）相手方の主張を争わないことも起こりうることから、裁判所は、信頼に値しない主張を判決の基礎とすることを強制されることはないとの考慮に基づく規律である。この規定は、とくに、当事者が欠席し、そしてそのために事実を争わないような場合においても適用される。
- (2) 強化された釈明義務を使う手続又は職権探知主義を採用する手続においては、否認の理由づけ責任が軽減される。裁判所は、こうした手続において理由づけがなされない場合は、必要ならば、当該当事者に陳述もしくは否

(6) Botschaft ZPO (Fn.2), S.7311. 参照。したがって、当事者の一方がある事実を争わないと明示的に自白する必要はない。

(7) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn.3), S.230. 参照。

(8) *Oberhammer/Domej/Haas* a.a.O. (Fn.3), S.758. (*Hans Schmid*). 参照。

(9) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn.3), S.230. 参照。

認の補足を促さなければならない。

(3) 職権主義 (Offizialgrundsatz) の妥当する手続 (スイス民訴法58条) においては、両当事者による一致した事実陳述を調査なしに判決の基礎にすることはできない。例えば、裁判所は、親権を定める事案において、子の福祉の観点から職権で事実を調査することになる。両親の一致した陳述を審理せずに判決の基礎にすることは許されない。

②慣習，地方の慣行及び外国の法律

a 慣習及び地方の慣行

スイス民訴法150条2項は、事実と法との限界づけに関する証拠法上の問題を明確にした。慣習と地方の慣行は、取引慣行の現れである。取引慣行は事実である。当事者の合意に基づいてのみ作用すべき場合には、この慣行は争訟事件において主張され、かつ証明されねばならない。法律が慣習又は地方の慣行を指摘している場合には (スイス民法611条2項、同613条3項など)、それらは、法律上の規定と同様に、職権によって適用されねばならない。慣習又は地方の慣行は、事実と法律との間に存すると言えるが、スイス民訴法150条2項により、証拠法上は事実と同様に取り扱われ、争いのある事例では証明されねばならないのである⁽¹⁰⁾。

b 外国の法律

外国法もまた、職権による法適用の原則が適用される (スイス民訴57条)。しかし、財産法上の事件については、外国法の内容が証明対象となりうる。このことは、すでにIPRG (1987年の国際私法に関する連邦法) 16条で規定されている。IPRG16条は、次のように、規定する。すなわち、「適用すべき外国法の内容は、職権によって確定されねばならない。このために、当事者に協力を要求することができる。財産法上の請求権の場合には、証明は、当事者に負わせることができる。」(第1項)、「適用すべき外国法の内容が確定できない場合は、スイス法が適用されねばならない」(第2項)。そこで、スイス民訴法150条2項は、財産法上の請求に際して、裁判所は、外国の法律の証明を当事者に負わせることができるとしたのである⁽¹¹⁾。

(10) Botschaft ZPO (Fn.2), S.7311., *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn.1), S.881, (*Peter Guyan*) など参照。

(11) 外国法の証明は、規定に従いかつ証拠手続の形式において行われる

③公知の事実

証拠手続は、事実問題について裁判所に心証形成の基礎を得させるものである。事実関係の現実についてすでに確信がある場合又は特別の経験則により確かな認識が存する場合には、それを行う必要はない。そこで、スイス民法151条は、一般的に確かな知覚が受け入れ、思慮分別に従って疑いのありえないような事実は、訴訟において公知とみなされ、証明の必要がないとした。スイス民法150条が、証明の必要な争いある重要な又は確定の必要な事実関係の陳述でもって原則を規定し、同151条はその例外を規定するのである⁽¹²⁾。例えば、ここでいう「公知の事実」とされているのは⁽¹³⁾、自然科学上、歴史上、もしくは経済学上の知識、地理学上または社会学上の資料、または職務上知りえる当然の事実が問題となる。また、一般的に公知なものとして、例えば、消費者価格指数、商業登記簿、もしくは通常の為替レートがある⁽¹⁴⁾。しかし、しばしば変動する金融の利息は一般的に公知でないものとされている。インターネット上の資料は、以下のような場合にのみ、公知のものとみなされる。すなわち、大多数の者が、その資料を通常的に引き出すことが慣習化しており、疑いなく確かな情報源に由来している場合である。連邦裁判所は、ミネラルウォーターは、その品質が地質に依る天然の産物である、ということ公知のことでであると判断した⁽¹⁵⁾。

そのほかに、裁判所が、その職務上の事柄から知るような事実や出来事は、証明される必要がない。裁判所に「顕著な事実」となるのは、裁判官の活動により裁判所が知りえた事実である⁽¹⁶⁾。これに対して、裁判所の職員が事件について私的に知った事柄は、証明を免除されない。

2) 証明責任

①概念

a 客観的証明責任

証明責任は、法律上重要な事実について証明がなされえない場合に、不利益

(Botschaft ZPO (Fn.2), S.7311)。

(12) *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn.1), S.883, (*Peter Guyan*) など参照。

(13) 以下の叙述は、*Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn.3), S.231. 参照。

(14) BGE135 III 88.

(15) BGE117 II 321.

(16) Botschaft ZPO (Fn.2), S.7311.

を負う当事者の負担である。つまり、真偽不明（ノン・リケット）となった場合に、裁判所にとっては、このような場合でも判決をしなければならないことから、当事者のどちらが証明責任を負うかによって（証明責任分配の問題が提起される）、その結果が判断されるのである。証明責任は、真偽不明の結果を規律しているのである。

証明責任の問題は、実体法上の性質と訴訟法上の性質を有する。スイス法では、実体法が、どちらの当事者が民事訴訟において真偽不明の負担を負うかという問題について規定している。

b 主観的証明責任

真偽不明の結果の規律は、客観的証明責任の問題である。したがって、主張された事実について証拠の申出でをしなければならない義務であると理解される主観的証明責任、または挙証責任とは区別される。主観的証明責任は、たしかに客観的証明責任と結びついている。客観的証明責任を負う者は、当該証拠の申出をすることで真偽不明を避けようと努める。ここに主観的証明責任が観念されることになる。

主観的証明責任は、弁論主義が妥当する手続において問題となる。他方、職権探知主義の適用される場合には、主観的証明責任の代わりに、裁判所の事実認定が問題となる。

②証明責任の分配

スイス民事訴訟における証明責任の分配は、実体法に依拠する。その基礎を規定するのが、スイス民法（ZGB）8条である。同条によれば、法律が他に規定していない場合には、自らの権利から導き出され、主張した事実の存在を証明しなければならない。この規定は、当事者間の客観的証明責任を分配しており、それは、ある規定が一方当事者が何かを証明しなければならない、と規定しているときには、当該当事者が当該事実との関連で客観的証明責任を負っていることを示している。このスイス民法8条は、一般条項として理解されており、直接的に適用できるのではなく、具体的な置き換えを必要とするのである⁽¹⁷⁾。個々の場合において、客観的証明責任は、それぞれの規定の解釈から生じ、それについて多くの判例が出されている。実務は、しばしば事実を以下

(17) *Oberhammer/Domej/Haas a.a.O.* (Fn.3), S.754. (*Hans Schmid*). 参照。

の二つの種類に区別している⁽¹⁸⁾。

ひとつは、権利の原因となる、または権利を基礎づける事実（権利根拠事実）である。このような事実については、訴訟において、その事実から権利もしくは権利関係を導き出そうとする当事者が証明責任を負う。契約の締結、もしくは不法行為についての行為のようなものがこれにあたる。

次に、権利を消滅させる（権利消滅事実）、または権利の障害となる事実（権利障害事実）である。このような事実については、訴訟において、ある請求権に対して、このような抗弁をもって防御しようとする当事者が証明責任を負う。貸金の弁済、債権の時効、又は因果関係の断絶等がこれに該当する。

この分配基準は、いわゆる「規範説」による。規範説は、もちろんすべての証明責任問題を解決できるわけではない。とくに、権利根拠事実と権利障害事実の区別が明確でない場合には、問題がある。批判として問題になるのは、法命題の体系的構築、原則と例外の区分及びリスク分配の相当性である。リスク分配の相当性の点は、個々の事案において証明責任が具体的証明状況により分配されることを許すものではない。証明責任の分配が予測できないことになるからである⁽¹⁹⁾。

証明責任の分配は、当事者の役割に依拠するのではない。例えば、債権の請求訴訟において、原告（債権者）は、原則として、債権の事実上の基礎について証明責任を負うが、債権の消極的確認訴訟に際しては、原告（債務者）は債権の不存在についての証明責任を負わずに、被告（債権者）が債権の存在について証明責任を負うのである⁽²⁰⁾。また、証明責任の分配は、手続が弁論主義を採るか職権探知主義を採るかとは無関係に決められる。

さらに、証明責任の分配は、実体法の様々な諸規定においても規定されている。例えば、スイス債務法（OR）97条によれば、契約を履行しない債務者は損害賠償義務を負うことになるが、それは、債務者が自ら債務を負っていない

(18) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn.3), S.233f. 参照。BGE141 III 241. *Oberhammer/Domej/Haas* a.a.O. (Fn.3), S.754. (*Hans Schmid*). は、学説の圧倒的多数と実務がこの規範説を支持しており、蓋然性の原則、証拠との距離、危険領域、信頼保護、武器対等や効率性等によって証明責任の分配を考える立場はとれないとする。わが国における証明責任の分配をめぐる議論も同様で、実務・通説は規範説を支持している。

(19) *Oberhammer/Domej/Haas* a.a.O. (Fn.3), S.754. (*Hans Schmid*). 参照。

(20) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn.3), S.234. 参照。わが国も同様である。

ことを証明していないときに生じてくる。また、スイス債務法103条においては、履行を遅滞している債務者は、その遅滞が自らの過失により生じたものでないことを証明したときは、その責任を負わない旨が規定されている⁽²¹⁾。

③法律上の推定の場合の証明責任の分配

特別な方法として、法律上の推定がなされている場合には、証明責任が規定されることになる。これは、立法者が、通例的な事象経過に基づいて、そして証拠提出の負担軽減のために、証明責任の分配に関する特別の規定を作り出したものである。法律上の推定は、推定の基礎として特定の事実関係を前提とする。特定の事実関係から他の事実関係又は権利を推定するのである。推定は、擬制と区別される。擬制の場合には、擬制の基礎から反駁できない事実又は権利推定を導き出すものである。例えば、スイス民法930条1項によれば、動産の占有が推定の基礎となり、占有から所有権が推定される（後述、法律上の権利推定）。所有権を争う相手方は、この推定に対して、本証という形で反対事実の証明をしなければならないのである。

a 法律上の事実の推定

法律上の事実の推定は、特定の事実が存在するという蓋然性に基づく推定である。このことにより、立法者は、その事実について証明責任を負う当事者とその証明から解放することを意図した。しかし、法律上の事実推定の場合、相手方当事者は、反対事実の証明によって推定を崩す可能性を有している。法律上の事実の推定規定としては、例えば、以下のような規定がある⁽²²⁾。

スイス民法3条1項は、善意の推定を規定する。同9条は、公的な登記簿及び公的文書は、その内容の不正が証明されない限り、それらによって証明される事実について完全なる証明をもたらす旨を規定する。さらに、同32条2項によれば、複数の者が死亡した場合、死亡者の一人が他の者より長く生存していたことが証明されないときは、それらの者は同時に死亡したものと推定される。

スイス民法256 a 条2項によれば、早くは婚姻の締結180日後に、及び遅くは

(21) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn.3), S.234. 参照。なお、以下の推定に関する概説は、基本的に同 S.234以下に基づく。

(22) 以下の例示は、*Oberhammer/Domej/Haas* a.a.O. (Fn.3), S.755.f. (*Hans Schmid*), *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn.3), S.234. など参照。

婚姻の解消の300日後に生まれた子は、婚姻の間に生まれたものと推定される。スイス債務法16条1項は、当事者が留保された形式の履行を義務づけられないという意思の推定を規定している。また、同176条3項によれば、債務引受けの際の債権者の引受通告は、債権者が留保なく引受人の支払いを受領し、もしくは他者に債務者の行為を承認した場合に、推定される。

b 法律上の権利推定

法律上の権利推定に際しては、その請求者は、いわゆる推定の基礎を証明すればよい。すなわち、そこから、法律に規定された権利または権利関係が推定されるのである。相手方当事者は、それに基づいて、反対の証明をする機会を有する。法律上の権利推定には、たとえば、以下のような場合がある⁽²³⁾。

スイス民法255条1項によれば、婚姻の間の出生（推定の基礎）により、夫の父性が推定される。なお、夫は、同256 a 条1項に基づき、自らが父親でないことを証明することができる。

また、同262条1項は、子の誕生の300日前から180日前の性交（推定の基礎）から、父性が推定される旨規定する。そして、同262条3項により、相手方がその父性を排除し、またはある第三者よりも父性の蓋然性が低いことを証明したとき、推定は覆される。

スイス債務法17条は、有因、または無因の債務承認（推定の基礎）により、債務の存在を推定する。債権者は、もっぱら債務承認を援用すればよいのである。そして、基礎となる関係を排除し、そして抗弁がある場合にそれを証明するのは、債務者の側の責任となるのである。また、同543条3項によれば、個々の社員、会社、または全社員の第三者に対する代理権は、取締役会がそれに委任すること（推定の基礎）により推定される。

c 事実上の推定

法律上の推定は、事実上の推定と区別される。後者は、証明された事実から証明されていない事実への推論を示し、これは裁判官が経験則及び間接事実から導き出すものである。事実上の推定は、反証によって覆されうる。したがって、事実上の推定によって証明責任の分配は変更されず、事実上の推定と証明責任の分配は結びつかないのである。事実上の推定は、法体系的には証拠評価

(23) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn.3), S.235.f. 参照。

に属し、そこで取り扱われるものである。なお、この概念については後述の証拠評価に関する記述も参照のこと。

④証明責任の転換

証明の困難さを理由にした証明責任の転換は行われぬ。しかし、相手方に対して、信義誠実の原則に基づき、反対事実の証明をなすことを義務づけることで、「事実関係に關しての協力義務（後述）」を負わせることができる⁽²⁴⁾。このことは、消極的事実の証明が問題になる場合にも妥当する。例えば、存在しない債務を弁済したことでその返還を要求する者は、債務がないことを証明しなければならないのである⁽²⁵⁾。このことは、証明責任の転換ではない。しかし、相手方当事者が協力を拒否する場合には、そのことは証拠評価の際に相手方当事者に不利に考慮される。

他方、特定の消極的事実（例えば、ある者に過失がないこと）と不特定の消極的事実（ある時間何もしていないこと）は、区別されるべきである。特定の消極的事実は、通常証明することが可能で、例えば、過失がないことは、必要な注意がなされていたことを証明すれば、証明できるのである。これに対して、不特定の消極的事実の証明は困難である。この理由から、商標および生産地表示保護のための連邦法（MSchG）12条3項は、証明責任の転換を取り入れている。すなわち、5年の商標権の不使用を主張する当事者は、これを疎明すればよい。そして、商標権者は、反対事実の証明をする可能性を有する。しかし、消極的事実は証明されえず、その結果、証明責任の転換が生じる、という一般的な規律は存在しない。

判例及び学説の一部においては、当事者が、例えば、証拠方法を破壊する等の証明を無に帰した場合（証明妨害の場合）、そのサンクションとして証明責任の転換が支持されている。このような証明妨害は、協力義務の拒否を意味し、当該当事者の行動が証拠評価に際して考慮されるのである（スイス民訴164条一後述一）。しかし、この場合には、証明責任の転換は問題とならないとする立場もある⁽²⁶⁾。

(24) BGE139 III 13.

(25) *Oberhammer/Domej/Haas* a.a.O. (Fn.3), S.755. (*Hans Schmid*). 参照。

(26) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn.3), S.237. 参照。

3) 本証、反証及び反対事実の証明

①本証

証明活動は、本証と反証に分けられる。本証は、証明責任を負う当事者によってなされる証明を表わす。この証明は、裁判所が主張された請求の基礎となる（法律上重要な）、そして争われた事実が真実であると確信することで目的を達することになる。

②反証

反証（スイス民訴154条）により、証明の相手方は、本証が成功しないように試みる⁽²⁷⁾。反証では、必要な証明度にもはや達していないために裁判所が主たる証明を失敗とみなすように、多くの不確実性を指摘し、疑問を呼び起こすことになる。

反証の成功のためには、本証を動揺させることが必要で、かつそれで足りる。反論の論理性につき、裁判所を納得させる必要はない。したがって、裁判所が本証は動揺しているとみなしたが、反対事実が証明されていないままであるという理由で、証明責任を負う当事者の事実の陳述を顧慮するときは、反証権は、侵害されているといえる。前述のように、反証によって、事実上の推定は覆される。反証のためには、客観的証明責任を負う当事者の相手方当事者が主観的証明責任を負っているのである⁽²⁸⁾。

③反対事実の証明

反対事実の証明は、法律上の推定を覆そうとする場合になされるものである。例えば、原告が子の父ではないこと、占有者が所有者ではないことを証明するものである。反対事実の証明は、本証である。

4) 証明度

確信に必要な程度に証明がなされた場合に、証明は奏功する。この程度を「証明度」という。つまり、証明度とは、どの程度の信頼度があれば裁判所が証拠の評価に基づいて主張された事実の存在を確信し、証明がなされたとしなければならないかを規律するものである。スイスの民事訴訟では、証明度の原則は、スイス民法8条から導き出される⁽²⁹⁾。

(27) BGE120 II 393.

(28) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn.3), S.238. 参照。

通常証明度 (Regelbeweismass) は、確實性に隣接する蓋然性を意味する。つまり、これは、裁判所が客観的観点により事実主張の正当性に確信を得て、かつ重大な疑いがあるもはや存在しないと考える場合に、証明が奏功することを意味するのである。この関係で、厳格な証明、または裁判所の完全な確信といわれる。ほとんど真実であるとの確實性のために必要な確信の程度は、通常証明度と呼ばれる。この通常証明度を数字で表すことは容易ではない。しかし、具体的な説明のために表わすとすると、90%の蓋然性と表わされている⁽³⁰⁾。通常証明度は、本証を動揺させるための反証には妥当しない。反証のためには、重要でわずかな蓋然性で十分である。反証が成功したといえるのは、裁判所が、本証についてほとんど真実であるとの確實性が存在せず、それによって本証が失敗したという解釈にいたる場合である。

他方、高度の蓋然性 (75%)⁽³¹⁾をもって、証明度とする立場もあるが、原則としては、通常証明度が適用される。高度の蓋然性による証明度は、法律 (スイス債務法42条2項) 又は実務が個別の事例において、完全な証明が事案の性質上なされないことを理由に、例外を認める場合に、適用される。特に、証明責任を負う当事者が主張すべき事実を間接証拠によって間接的にしか証明でき

(29) *Oberhammer/Domej/Haas* a.a.O. (Fn.3), S.756. (*Hans Schmid*). 参照。この民法8条の規定から誰が証明不能の際の結果負担を負うかが生じ、それは、証明がなされるためにどの程度証拠の強度が必要か、どの限度で証明不能が生じるかを規定している。

(30) *Oberhammer/Domej/Haas* a.a.O. (Fn.3), S.756. (*Hans Schmid*). 参照。

(31) 判例によれば、ある事実が高度の蓋然性 (優越的真實性の確實性) を有する場合とは、他にも行動することができるが、しかし、それが重要な役割を果たさず、理性的には問題とならない場合、または事実の主張に関する正しさについて客観的視点から、他の考えられる可能性が理性的には有力でないと考慮されるような重要な理由が述べられる場合である。その際、高度の蓋然性の証明度についての裁判所の疑いは、通常証明度の場合より大きいとされ、しかし、真實性は、常に疑いを強く優越する。高度の蓋然性の証明度は、75%かそれ以上とみられる。この定量化は、自然科学的証拠に直接適用可能であり、そこでは、たとえば、鑑定人が、原因の真實性が75%以上あるかについて疑問を呈しうる。これに対して、個々の証拠要素の評価が問題となるとき、高度の蓋然性という言葉上の記述を具体的説明および正確な説明のために、75%の証明度の定量化が役に立つ。最後に、ここでは、裁判所が個々の事案において、高度の蓋然性の証明度の意味で証明がなされたか否かを判断する。

ないような場合である。例えば、自然的又は仮定的因果関係の証明などの場合である。また、このような証明の窮乏は、その性質から直接証拠から問題なく認められうる事実が、証明責任を負う当事者が証拠方法を欠くために証明することができない場合にも認められる。なお、具体的事案における妥当な証明度が事実上もまた達成されたか否かは、判例によれば、裁判所の証拠評価の問題とされている⁽³²⁾。

数字上証明できない損害の額について、裁判所は、スイス債務法42条2項により、その見積りのみで十分とすることができる。しかし、被害者は、それでも、損害の発生について陳述し、その見積りを認める又は軽減するすべての状況を、可能な限り、そして要求されうる限り、主張し、証明しなければならぬ。そして、このような場合には、高度の蓋然性の証明度が要求されるのである。

高度の蓋然性より低い程度の「疎明」の証明度が存在する。ある事実が疎明されるのは、裁判所自身が、それがなお現実化されえない可能性があると評価しているが、確かな真実性の存在が問題とされる場合である。具体的な説明のために、疎明の証明度は、51%かそれ以上と言われている。疎明は、しばしば、仮の、証拠が制限されている場合の判断に適用される。

5) 証明権

① 証拠調べを求める権利

スイス民訴訟法152条は、証拠調べを求める権利（証明権）を規定する。スイス民訴訟法の公布前は、この原則は、様々な内容の規定から導かれていた⁽³³⁾。とくに、この原則は、憲法上は、憲法29条2項から、私法上は民法8条から導かれていたのであった。ヨーロッパ人権条約6条1号は、証明に関する当事者の対等の取扱いのみを保障していたにすぎなかった。この統一スイス民訴訟法の制定によって、現在は、証明権は民訴訟法の適用領域で規定されたのである。そして、この原則は、法的審問権から導き出されるとされる（スイス憲法29条2項、スイス民訴53条）⁽³⁴⁾。証明権は、証明責任を負う当事者が有するが、反証をなすであろう相手方当事者も有する。証明権は、スイス民訴訟法150条の証明対

(32) *Oberhammer/Domej/Haas* a.a.O. (Fn.3), S.757. (*Hans Schmid*). 参照。

(33) *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn.1), S.887, (*Peter Guyan*) など参照。

(34) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn.3), S.239.

象を前提とする。この当事者の証明権に対応するのが、証明対象に関わる申立てを受け入れ、その申立てを審査し、判断し、申立てを採用するときには相応する証拠を取り調べる裁判所の義務である⁽³⁵⁾。

スイス民訴法152条1項は、当事者による証拠調べの要求の前提として証拠調べの申出を規定する。この申出は証拠申立てによる。証拠申立ては、裁判所の関与なしに証明が要求されるように、内容的に特定され、又は特定可能なものでなければならない。そして、証拠申立ては、形式に則り、期間内に申し立てられなければならない。すなわち、当該当事者は、訴状、答弁書、準備書面等において新しい証拠方法を持ち出した時点において証拠申立てをしなければならないのである。裁判所は、形式に則り期間内に申し立てられた有用な証拠方法を説明なく看過した場合には、証明権を侵害していると評価される⁽³⁶⁾。裁判所が予想される証拠評価に基づいて証拠を調べない場合で、証拠評価が不正確である場合には、証明権の侵害がある⁽³⁷⁾。

また、証拠は有用 (tauglich) でなければならない。すなわち、それらは、請求を基礎づける (法的に重要な) 事実の証明のために申し立てられなければならない。そして、これを証明するために適切でなければならない⁽³⁸⁾。有用性要件は、証拠方法と証明対象に依存する。

さらに、要証事実、主張され、十分に立証されなければならない。証明権は、裁判所が不正に、要証事実のために不十分に立証されたものを調べるとき、侵害されているといえる。

証明権は、客観的証明責任と関連する。すなわち、一方当事者が真偽不明の責任を負うとき、その当事者は、形式に則り期間内に出された有用な証拠が調べられた後、初めて真偽不明が認められるという請求権を有するのである。

(関連条文試訳)

152条 証明権

- 1 当事者は、形式に則りかつ期間内に申出がなされた有用な証拠方法の証拠調べを裁判所に要求する権利を有する。
- 2 違法に入手された証拠方法は、真実発見の利益が優越する場合にのみ考慮される。

(35) *Spühler/Tenchio/Infänger*, a.a.O. (Fn.1), S.887, (*Peter Guyan*) など参照。

(36) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn.3), S.239f. 参照。BGE114 II 289.

(37) BGE122 III 219.

(38) BGE132 III 222.

②違法収集証拠の場合における証明権の制限

スイス民法は、例外として、真実発見の利益が優越するときには、実体的に違法に入手された証拠方法も許容する（スイス民法152条2項）。

a 違法な証拠収集

証拠収集が、実体法に抵触するとき、それは違法である（スイス民法168条）。そして、例えば、次のような証拠収集は違法である⁽³⁹⁾。刑法（StGB）179条による文書の秘密に違反した権限なき郵便物の開封、同法179条以下に違反した他者の会話の記録、同法186条による住居侵入の文書や写真の記録の奪取、同法162条による製造もしくは事業の秘密を侵害した文書の入手、秘密の弁護士への通信の提出などである。責任保険の誘因となる私的興信所の被保険者の観察も、肖像権のように、私的空間を侵害しうる（スイス民法28条2項）。しかし、保険詐欺を防止する利益が観察に該当するもの的人格権に優越するとき、この侵害はこの規定によって違法とならない。ここでは、すでに違法が利益の比較衡量に基づいて確認される。

手続の過程において訴訟法に違反して収集された証拠は、形式的違法収集証拠となる。個々の規定がこのような違反の効果を規定している。例えば、スイス民法161条は、利用の禁止を規定している。

（関連条文試訳）

168条（適法な証拠方法）

- 1 証拠方法として、以下に掲げるものは適法である。
 - a 証人
 - b 文書
 - c 検証
 - d 鑑定
 - e 書面による情報提供（照会）
 - f 当事者質問及び供述証拠
- 2 家族法事件における子の利益に関する諸規定は留保する。

b 利益の比較考量

スイス民法152条2項による違法に入手された証拠が考慮されてよいか、それとも考慮されるべきでないかは、利益の比較衡量にもとづき判断され

(39) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn.3), S.240f. 参照。

る⁽⁴⁰⁾。まず、考慮されるのは、真実発見の利益である。これは、手続原則と訴額に依存する⁽⁴¹⁾。真実発見の利益に対するどのような利益が比較衡量されるべきか、法は確かに明文では述べていない。権利は、不法によって貫徹されるべきではないから、真実発見の利益と比較衡量されるのは、違法に証拠の入手によって侵害される法益の保護利益である（たとえば、真実発見の利益と、私的空間もしくは秘密の保護の利益である）。保護利益は、侵害される法益の順位、価格、侵害の強度並びに生じうる協力義務ないし拒絶権に依存している⁽⁴²⁾。これによって、違法に入手された証拠は、真実発見の利益が優越するとき、許容されうる⁽⁴³⁾。かかる利益の優先性が認められない場合には、違法収集証拠は当然不適法となる。

c 訴訟法規の違反

証人は尋問の前に真実を述べることを勧告されず、虚偽の証言の刑法上の結果について指摘されなかった場合（刑法307条）、又は鑑定人が虚偽の鑑定が犯罪になることに注意喚起されておらず、訴訟法規上の違反がある場合（刑法307条）には、それはスイス民法152条2項に該当せず、訴訟上の規定に対する違反である。その場合には、形式的違法収集証拠となる。このような瑕疵は、証拠調べをやり直し、もしくは証人の証言や鑑定人の鑑定を、刑法上の結果について指摘し直したのちに確認することで治癒される。

③証明権のその他の制限

証明権のその他の制限は、証拠調べが当事者又は第三者の保護すべき利益を危険にさらす場合に、裁判所が必要な措置をとることができることから生じる（スイス民法156条）。また、証明への協力を拒否する権利（後述）から生じる（スイス民法163条以下）。

スイス民法156条によれば、裁判所は、証拠調べが当事者または第三者の保護すべき利益、とくに営業の秘密を危険にさらすとき、必要な措置をとるこ

(40) *Oberhammer/Domej/Haas* a.a.O. (Fn.3), S.769. (*Hans Schmid*), *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn.3), S.241. など参照。

(41) *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn.1), S.892, (*Peter Guyan*) は、弁論主義、職権探知主義、制限的職権探知主義で異なるとする。

(42) *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn.1), S.892, (*Peter Guyan*).

(43) *BotschaftZPO* (Fn.2), S.7312

とができる旨を規定する。例えば、裁判所は、文書について、判決のためには無関係な営業の秘密の部分の隠して、相手方当事者はその部分を隠した文書のみを知るようにすることができるのである。そのほかに、裁判所は、鑑定人に、営業の秘密を伴う文書を精査し、判決のために関係のある事実の記録を作成し、判決のために関係のない秘密を除外するよう命じることができる。しかし、このような保護措置は、相手方当事者の法的審問権や証明権を制限するものである。このことから、それらは、慎重さをもって命じられ、必要なもののみ制限されなければならないとされている⁽⁴⁴⁾。

(関連条文試訳)

156条 保護されるべき利益の擁護

証拠調べが一方当事者又は第三者の保護されるべき利益、特に営業上の秘密を危険にさらすときには、裁判所は、必要な措置をとるものとする。

2. 証拠調べ

1) 当事者の申出による証拠調べと職権証拠調べ

弁論主義が妥当する手続においては、当事者による事実の主張及び証拠の申出は証拠調べの要件である。しかし、スイス民訴法56条による一般的な裁判所の発問義務に基づき、当事者の申出が不明確であり、矛盾し、不特定であり、または明らかに不完全である場合には、裁判所は、当事者に、証拠の申出を補う機会を与えなければならない。スイス民訴法247条により、簡易手続においては強化された発問義務が適用され、ここでは、裁判所は、当該釈明によって一般的に、当事者が必要な証拠方法を申出するように努めなければならない。

スイス民訴法は、当事者の申出によらない証拠調べも認める。スイス民訴法153条2項は、明確な疑いがある場合に「職権による証拠調べ」を認める(前述)。つまり、争われていない事実の正しさに明らかな疑いが存在する場合には、裁判所は、弁論主義が妥当する手続においても、職権でその事実について証拠調べをすることができるのである。

また、鑑定、検証、および証拠陳述においても「職権による証拠調べ」を認める。スイス民訴法181条1項は、検証において、同183条1項は鑑定において、同192条は証拠供述において、職権での実施を認めている。

さらに、様々な手続において、スイス民訴法は、職権探知主義と、それによる職権での証拠調べを規定する。そして、それは当事者の協力義務を伴うもの

(44) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn.3), S.253. など参照。

である（スイス民訴153条1項）。個別には、裁判所は、簡易手続における種々の社会関係訴訟において、職権で事実関係を確定する（スイス民訴247条2項）。この点に関しては、破産裁判所、相続裁判所の簡易手続、および非訟事件（スイス民訴255条）、ならびに婚姻上の簡易手続（スイス民訴272条および276条）についても同様である。

また、離婚訴訟においては、財産法上の財産分割及び離婚後の扶養料に関する事件では、弁論主義が妥当する。しかし、裁判所は、当事者に、財産法上の離婚結果の裁判に必要な文書を、それが欠いている限りで、追加するように促すことができる（スイス民訴277条）。そのほかに、離婚訴訟においては、事実関係を職権で認定する。子の利害関係との関連では、裁判所は、事実関係を職権で調査する（スイス民訴296条1項）。そこでは、強化された職権探知主義が適用される。この強化された職権探知主義は、スイス民訴法280条3項によって、離婚訴訟において、配偶者が請求権を職業上の配慮から放棄する場合にも、適用されている。

（関連条文試訳）

181条（検証の実施）

- 1 裁判所は、事実を直接的に知覚するため又は事実関係のより正確な理解のために、当事者の申立てにより又は職権で、検証を実施することができる。
- 2 裁判所は、検証のために、証人及び鑑定人を呼び出すことができる。
- 3 検証の目的物を不都合なく裁判所に提示することが可能であれば、検証の目的物はこれを提出しなければならない。

183条（鑑定の際原則）

- 1 裁判所は、当事者の一方の申立てにより又は職権で、一人又は複数の鑑定人の鑑定を求めることができる。裁判所は、この場合、あらかじめ当事者を審問するものとする。
- 2 裁判所構成員についての同様の除斥理由は、鑑定人についてこれを適用する。
- 3 裁判所は、自己の専門知識を開示しなければならない。これに関して、当事者は意見を述べることができる。

192条（証拠供述）

- 1 裁判所は、当事者の一方又は双方に対して、科刑のもとに、職権で、証拠に関する供述を義務づけることができる。
- 2 両当事者は、証拠供述の前に真実に即して陳述すること及び偽証の刑法上の効果（刑法306条）を指摘される。

2) 証明命令

証明命令は、二つの手続段階を統合したものである。つまり、証拠方法の提示のための期間設定と結びついて、当事者にどのような事実主張を証明しなければならないか、証明責任はどうなっているのかを認識させる段階と、どのような証拠方法が認められ、又は認められないか、かつ証拠調べの方式を確定して証拠調べを命ずる段階である⁽⁴⁵⁾。証明命令は、法案の国会審議段階で導入されたものである。証明命令でもって、事実関係確定の中核である証拠手続が手続上準備され、そして進行するのである⁽⁴⁶⁾。証明命令は、訴訟指揮上の処分であり、証拠調べに先行する。証明命令により、証拠調べの対象が確定することになる。

証明命令の通知は、スイス民訴法124条2項により、裁判所構成員によって行われうる。証明命令の通知の際には、裁判所又はそれを委託された裁判所構成員は、どの事実、つまり、請求を基礎づける事実が法が適用されるかについての説明しなければならない。そして、この事実について、証拠手続において、それが真実か否かを明らかにしなければならないのである。

個々の事案において、スイス民訴法154条によれば、証明命令には、以下の点についての説示がなされねばならない。すなわち、①どの主張について、証拠調べがなされるか、②どのような証拠方法で調べられるのか、③どの当事者が、どの証拠申出について費用の予納をしなければならないか（スイス民訴102条）である。③との関連において、裁判所は、どの当事者がどの事実について、本証または反証を義務づけられ、すなわち、予納をしなければならないどの当事者がこれらの事実について主観的証明責任を負っているかについて説明がなされるのである。

段階的証拠調べ（スイス民訴226条3項）がなされる場合には、証明命令を補完することができる。裁判所がその法的解釈を変更し、別の事実を請求を基礎づける事実とみなし、または証拠申出はもはや必要ないと考え、または別に実施されなければならないことを示したときには、証明命令はいつでも変更することができる⁽⁴⁷⁾。

(45) *Oberhammer/Domej/Haas* a.a.O. (Fn.3), S.774. (*Hans Schmid*).

(46) *Spühler/Tenchio/Infänger*, a.a.O. (Fn.1), S.892, (*Peter Guyan*). : *BotschaftZ-PO* (Fn.2), S.7326.

(47) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn.3), S.244. 参照。

(関連条文試訳)

154条 証明命令

必要な証明命令は、証拠調べの前になされる。証明命令においては、とくに、認められた証拠方法が示され、どの当事者がどの事実について本証または反証を義務づけられるかが定められる。証明命令は、いつでも、変更又は補完することができる。

3) 証拠調べの実施

直接主義から、証拠は、原則として判決する裁判所で調べられなければならない。しかし、スイス民訴法155条1項は、時間的、もしくは費用的な理由から、一人の又は複数の裁判所構成員（受命裁判官）への証拠調べの委託を認めている⁽⁴⁸⁾。家事事件における子供の尋問に際しては、尋問の委託も認められる。証拠調べの委託は、訴訟指揮の委託と比較して制限的である。なぜなら、当事者は重大な理由により判決する裁判所による証拠調べを要求することができるからである（スイス民訴155条2項）。証言の評価が難しいと予想されるときは、初めから判決裁判所での尋問が認められる。

スイス民訴法153条3項は、さらに、当事者の証拠調べへの関与権を認める。これは、スイス民訴法53条の法的審問権保障に基づくものである。この場合、当事者は、補充の尋問を申し立て、または裁判所の承認に基づいて自らそれを行うことができる。そのほかに、当事者は、証明の結果について陳述する権利を有する（スイス民訴232条1項）。

すでに示したように、証拠調べは、段階的に行われうる。インストラクション手続の段階においても証拠調べをすることが可能である（スイス民訴226条3項）。そこでは、特に、証人尋問、当事者尋問、証拠の陳述及び鑑定が行われうる。インストラクション手続において、証拠決定もしくは訴訟上の合意に基づいて鑑定が命じられ、その結果が主要弁論期日または文書の最終弁論陳述において評価されるのである。裁判所は最初の当事者尋問の後に質問することができるように証人又は当事者を主要弁論期日にも呼び出すことができる（スイス民訴231条）。しかし、また、最初に主要弁論期日で証人の尋問や鑑定の実施のような証拠の措置が決定されうる。その場合、主要弁論期日は、証人を主要弁論期日の二回目の期日において尋問するため、及び当事者に中間の時点において行われた鑑定並びにその他の証拠を最終尋問で評価するために、中断され

(48) 裁判所書記官については認められない。BotschaftZPO (Fn.2), 7314参照。

る。

スイス民法194条以下によれば、裁判所は、他の州において証拠を調べることができる。しかし、他の州の裁判所にも、司法共助により証拠調べ、たとえば司法共助による承認の尋問を要請することができる。また、国際私法に関する連邦法 (IPRG) 11条によれば、スイス及びその他の国との司法共助は、連邦司法省により仲介される。証拠調査については、該当する国家間の協定が妥当し、特に、1970年3月18日の民事商事事件における外国での証拠調べについてのハーグ協定が妥当する。国際的な証拠調べの問題への回答は、(電子的に) 連邦司法省の司法共助官が与える。

(関連条文試訳)

155条 (証拠調べ)

- 1 証拠調べは、一人又は複数の裁判所構成員に委託することができる。
- 2 当事者の一方は、重要な理由に基づき、受訴裁判所による証拠調べを要求することができる。
- 3 当事者は、証拠調べに関与する権利を有する。

4) 保全的証明

訴訟における証拠調べは、早くともインストラクション手続において行われる一方、保全的証明の意味において (スイス民法158条)、訴訟の前、または証拠調べのその他の時点の前に証拠調べを行うことができる。保全的証明の場合も、つねにスイス民法168条による証拠方法の調べが問題となる⁽⁴⁹⁾。

(関連条文試訳)

158条 保全的証明

- 1 裁判所は、以下の場合には、いつでも証拠を調べることができる。
 - a 法律が相応する請求権を保障している場合
 - b 申立当事者が、証拠方法が危険にさらされていること、又は保護に値する利益を疎明した場合
- 2 保全処分に関する諸規定は、これを適用する。

①要件

a 法律上の要求

まず、保全的証明は、法律が要件事実の確定を求める請求権を保障している場合に、適法となる。スイス民法158条1項a号である。法律が当該請求権

(49) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn.3), S.247. 参照。BGE142 III 40.

を認める場合には、裁判所は保全的に証拠調べをなしうるのである。つまり、例えば、スイス債務法204条2項による商品の調査について（隔地売買に際しての欠陥の確定）、同367条2項は、製作物の調査について（引き渡された製作物の鑑定人による審査）、同427条1項は委託販売品の調査について、同445条1項および453条1項は、貨物の調査について、そして、MSchG59条aは、商標権侵害の確認についての保全的証明を認めている。これらは、証拠喪失の危険が存在し、迅速は証拠の保全が必要であるときであり、実体法は、保全的証明を様々に規定しているのである。

b 証拠方法の危険と保護に値する利益

次に、スイス民訴法158条1項b号は、証拠方法の危険と保護利益を保全的証明の要件として掲げる。証拠方法の危険とは、証拠調べの実施が実質的に困難または不可能になることをいう。例えば、損害賠償を要求しているが、建築物の瑕疵の除去を訴訟まで待つことを要求できないような場合である。このような場合には、保全鑑定、またはその事件の状況の保全証言を記録する請求権が認められる。証拠方法の危険は、非常に高齢で病気の証人が、訴訟の証拠調べの時点でなお証言することができるか疑いがある場合にも認められる。したがって、証拠調べがインストラクション手続または主要弁論期日において初めて開始され、またはすでに進行している手続において行われるときに、証拠調べを申し立てた当事者が、証拠調べの実施が実質的に困難または不可能になることを疎明した場合、保全的証明が認められるのである。

そのほかに、保全的証明は、申し立てる当事者が保護に値する利益を有している場合に認められる。これにより、保全的証明は、証明及び訴訟の見通しの解明に資するものとなり、結局は見込みのない訴訟を防ぐことに寄与することが期待されたのである⁽⁵⁰⁾。

スイス民訴法158条1項b号の適用を主張する者は、それに依拠して実体法が相手方に対する請求権を認め、かつその証明のために、取り調べられる証拠方法が機能しうる事実関係が存在することを疎明しなければならない。しかし、保全的に取り調べられる証拠方法でもって証明される事実については、証明の見通しについて訴訟前に解明することを可能にする、というスイス民訴法158条1項b号の目的を考慮すれば、本来的な疎明を要求することはできな

(50) Botschaft ZPO (Fn.2), S.7315.

い。取り調べられる証拠方法が請求権を証明しうる唯一のものである場合には、請求を基礎づける事実が理由づけられ、論理的に主張されることで十分としなければならないのである⁽⁵¹⁾。

保全的証明は、一般的には訴訟の見通しを、特別には証明の見通しを明らかにすることを可能にするものである。しかし、その際、訴訟の見通しの十分な解明は、請求を基礎づける事実の証明のために有用で、また主要弁論期日での証拠手続で担わされた役割を果たすことに適している証拠方法の保全的証明によってのみ達せられる。例えば、すでに他の手続により証明に有用な鑑定が存在するときは、さらなる鑑定の保全的实施について保護すべき利益は存在しない。また、実体法上の性質を有する文書提出義務および情報提供義務は保全的証明手続において主張されえない。なぜなら、ここでは証拠調べが問題とならないからである。

③手続

スイス民法158条2項によれば、保全的証明については、保全処分手続が適用される。その際、保全処分の裁判籍が与えられる(スイス民訴13条)⁽⁵²⁾。

保全的証明に際しては、将来の訴訟において誰が相手方当事者となるかが常に明らかであるわけではない。しかし、保全的証明のために推定上の相手方当事者は審尋されなければならないし、また、その者に証拠調べに参加する機会を与えなければならない。相手方当事者が申立てによって画された枠を外れるときには、裁判所は、これを不適法なものと明らかにしなければならない⁽⁵³⁾。しかし、相手方当事者は、保全的証明への独自の申立てをすることができる。これについては、相手方当事者が費用を負担する。

保全的証明の申立てが却下された場合、スイス民法308条1項b号による判決が問題となる。そこでは認められた訴額が控訴によって取り消されうるからである。申立ての認容は、争いのない事件においては、訴訟進行上の処分を示すものである。なぜなら、手続は、証拠調べでもってさらに進行するからである。これに対して、争いのある事案では、保全証拠調べの命令が、スイス民法237条1項による中間判決をもってなされうる⁽⁵⁴⁾。このような判決は、同

(51) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn.3), S.248. 参照。BGE140 III 16.

(52) *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn.1), S.897, (*Peter Guyan*).

(53) BGE139 III 33.

(54) BGE140 III 30.

法237条2項において単独でも取り消されうる。連邦裁判所の手続において、申立ての棄却は、連邦裁判所法(BGG)90条による終局判決を意味し、これに対して、認容は連邦裁判所法93条1項の中間判決を意味する。

④証拠保全処理に関する訴訟費用

保全的証明を申し立てる当事者は、通常、費用を予納しなければならない(スイス民訴102条)。保全的証明の終了の際、裁判所費用は申立人に課せられる(スイス民訴104条1項)。連邦裁判所の判例によれば、申立ての相手方は、彼が申立ての棄却を求めたが、それに対して申立てが認容された場合、スイス民訴法106条1項の意味での敗訴当事者とはみなされない⁽⁵⁵⁾。裁判所は、職権で、同法158条による保全的証明の法律上の要件が満たされているかを審査する。それは訴訟要件の審査に類似している。費用の分配は、敗訴当事者が不存在であるため、同法106条による敗訴当事者負担の原則に従って行われないのである。保全的証明は、危険にある証拠を保護し、訴訟の機会を明らかにする可能性を与えるものであるから、常にそれを要求する当事者の利益において行われる。それゆえ、申立当事者は、スイス民訴法107条1項f号により、保全的証明の費用を負担する。申立人は、これに加えて、相手方に弁護士代理のための当事者補償を支払わなければならない⁽⁵⁶⁾。なぜなら、相手方はしばしばその意思に反して手続に引き込まれ、場合によっては、証拠申出に協力しなければならないからである。

訴訟の見込みの解明を目的とする保全的証明の手続においては当事者の実体上の権利義務が判断されないから、ここでは、判例によれば、無償の司法への請求権は存在しない⁽⁵⁷⁾。

3 証拠調べにおける協力義務

1) 証拠手続における当事者及び第三者の協力義務

①要求される協力の種類

スイス民訴法では、当事者及び第三者は、すべての手続において証拠手続へ

(55) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn.3), S.250. 参照。

(56) もっとも、申立人は、保全的証明についての裁判所および当事者の費用を、その開始について彼が判断する後の主たる訴訟において立替金として請求することができる(BGE140 III 30)。

(57) BGE141 I 241.

の協力が義務づけられている（スイス民訴160条1項）。その際、各人が証言能力を有することが前提となっている⁽⁵⁸⁾。第三者の場合、協力義務はサンクションを伴う真の義務である（スイス民訴167条）が、当事者にとっては、いわゆる訴訟上の負担（または訴訟上の義務）である（スイス民訴164条）。つまり、当事者にとって、協力義務の拒否は、それが証拠評価により敗訴に至るだけである。スイス民訴法160条は、当事者に訴訟資料収集の積極的協力を義務づける。この協力は、作為、不作為からなる。したがって、当事者及び第三者は、特に、当事者として、証人として、真実に従い証言しなければならない⁽⁵⁹⁾（スイス民訴160条1項a号）、かつ文書を提出しなければならない（スイス民訴160条1項b号）、また鑑定人による人または財産の検証を許容しなければならない（スイス民訴160条1項c号）。

なお、法人が当事者である場合は、その機関が証拠手続において、当事者と同様に扱われる（スイス民訴159条）。

（関連条文試訳）

159条 法人の機関

法人が当事者である場合は、その機関が証拠手続においては当事者と同様に扱われる。

160条 協力義務

- 1 当事者及び第三者は、証拠調べに協力する義務を負う。とくに、次に掲げることをする義務を負う。
 - a 当事者又は証人として、真実に従って供述しなければならない。
 - b 文書を提出しなければならない。ただし、当事者または第三者の職務上代理する弁護士とのやり取りの資料、又は2009年3月20日の弁理士法2条の意味での弁理士とのやり取りの資料は除外される。
 - c 鑑定人による身体や財産への検証を受忍しなければならない。
- 2 未成年者の協力義務に関しては、裁判所は裁量により判断する。その際、裁判所は、子の福祉を考慮する。
- 3 協力を義務付けられた第三者は、相応の補償についての請求権を有する。

164条 当事者の不当な拒絶

当事者の一方が不当に協力を拒絶する場合には、裁判所は、このことを証拠評価

(58) *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn.1), S.933, (*Ernst F. Schmid*).

(59) *Oberhammer/Domej/Haas* a.a.O. (Fn.3), S.795. (*Hans Schmid*). 当事者は主張段階では真実義務に服さないが、証明段階では第三者と同視され、サンクションを受ける（スイス民訴191条2項、同192条2項参照）。

に際して考慮する。

167条 第三者の不当な拒絶

- 1 第三者が不当に協力を拒絶する場合には、裁判所は、以下の措置を講ずることができる。
 - a 1000スイスフランまでの秩序的過料を命ずること
 - b 刑法292条による科刑を宣言すること
 - c 強制的実施を命じること
 - d 拒絶によって生じた訴訟費用を負担させること
- 2 第三者の懈怠は、協力の不当な拒絶の場合と同様の効果を有する。
- 3 第三者は、裁判所の命令に対して、不服を申し立てることができる。

2) 未成年者の協力義務

未成年者の協力義務について、裁判所は、その裁量により判断する。その際、子の福祉が考慮される（スイス民訴160条2項）。未成年者の協力義務についての最少年齢は、規定されていない。裁判所は、むしろ個々の事案において具体的な関係を考慮に入れなければならない。それは、子の思考能力、当事者との関係、証明の対象、ならびに精神的もしくは肉体的な健康の侵害がありうることについて考慮に入れなければならないのである⁽⁶⁰⁾。スイス民訴法171条1項によれば、未成年者の証人は、14歳の満了後に初めて虚偽の証言に対する刑法上の制裁が指摘される。したがって、14歳の満了前の証言は、虚偽の証言により罰せられない（スイス民訴171条1項）。

3) 補償

スイス民訴法160条3項は、協力義務を負った第三者が相応の補償の請求権を有することを規定する。例えば、証人は、立替補償および時間の消費について相応の報酬について請求権を有するのである。他方、当事者は、補償について請求権を有しない。しかし、当事者は、当事者補償の枠内でその消費について請求をすることができる（スイス民訴95条3項）。

4) 実体法上の証書提示義務及び情報提供義務

証書の引渡しとならんで、訴訟上の協力義務に基づいて、様々な規定により、相手方当事者に文書を交付し、文書の閲覧をさせ、または一般的に情報を提供しなければならない実体法上の義務が存在する。例えば、スイス債務法

(60) BotschaftZPO (Fn.2), S.7316.

322 a 条 2 項における労働契約において事業の成果への取り分への請求権についての情報提供義務、同法400条による委任契約における事業記録、及び同法418 k 条 2 項による代理契約における帳簿の閲覧などについてである⁽⁶¹⁾。当事者は、この文書の提示および情報提供義務を通常の訴訟において固有の訴え、段階訴訟（スイス民訴85条）、又は訴訟前に明らかな場合には法的保護の要求（スイス民訴257条）により、貫徹することができる。実体法的性質を有する文書の提示および情報提供義務は、保全的証明手続における証拠調べのように請求することはできない。

4 当事者の拒絶権

1) 制限された拒絶権

スイス民訴法163条は、当事者は、以下のような場合に、個々の事実との関係で証拠手続の際の協力を拒否することができる旨を規定する。すなわち、①その証言によって近親者（特に家族、配偶者など）が刑事上の訴追、または民事上の責任を負う危険を負う場合（スイス民訴163条1項 a 号）と、②当事者が、刑法321条により職業上の秘密の侵害のために刑事上罰せられる場合である⁽⁶²⁾。つまり、当事者は、制限的拒絶権を有するにすぎないのである⁽⁶³⁾。

なお、当事者自身がその真実に従った証言により訴追の危険にさらされる場合にも、当事者に拒絶権は認められない。このことは問題であり、スイス憲法（BV）32条に反し、また、刑事被告人はこれに反して自身が証言をしなくともよいという欧州人権条約（EMRK）6条2項で認められた原則にも違反する（反対説がある）⁽⁶⁴⁾。

その他の法律上認められた秘密の所持者は、その秘密の利益が真実発見の利益に優越することを疎明したとき、協力を拒絶することができる（スイス民訴163条2項）。

（関連条文試訳）

163条 拒絶事由

- 1 次に掲げる場合には、当事者は協力を拒絶することができる。
 - a 第165条の意味での当事者と近い関係にある者が刑事訴追又は民事上の責

(61) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn.3), S.252. 参照。

(62) *Oberhammer/Domej/Haas* a.a.O. (Fn.3), S.803f. (*Hans Schmid*).

(63) *Oberhammer/Domej/Haas* a.a.O. (Fn.3), S.802. (*Hans Schmid*).

(64) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn.3), S.253. 参照。

任を追及されるおそれがある場合

- b 秘密の侵害により刑法321条により、刑事上罰せられるおそれがある場合。ただし、監査役を除く。第166条1項b3文を準用する。
- 2 ほかの法律において保護される秘密を有する者は、秘密の利益が真実発見の利益を優越することをその者が疎明した場合に協力を拒絶することができる。

2) 協力義務の適法な拒絶と不適法な拒絶

当事者及び第三者が適法に協力を拒絶するとき、裁判所は、そのことから証明される事実を推認してはならない（スイス民訴162条）。

当事者が不適法に協力を拒否した場合、このことは、裁判所に証拠評価の際に考慮される（スイス民訴164条）。このことは、裁判所は、当事者が証明の際に協力しなければならない主張を、状況により真実とみなすことができることを意味する。不適法な拒絶は、訴訟上の負担の意味において、当該当事者に不利な結果を生じさせるが、しかし、懲戒、刑事、または強制的なサンクションは存在しない。唯一の例外は、子の由来を解明する際の協力である（スイス民訴296条2項）。これは、その健康に危険が存在しない限りで、強制的に貫徹しうるものである⁽⁶⁵⁾。

第三者による適法な拒絶は、当事者によって、すべての訴訟に内在する証明リスクとして甘受されねばならない。

（関連条文試訳）

162条 協力義務に対する正当な拒絶

裁判所は、当事者及び第三者が適法に協力を拒絶する場合、このことから証明されるべき事実を推認してはならない。

5) 第三者の拒絶権

①包括的な拒絶権

当事者と特定の血縁関係、又はその他近しい人的関係にある第三者には、包括的な拒絶権が認められる（スイス民訴165条）⁽⁶⁶⁾。このような第三者は、当該訴訟において包括的に、すなわちすべての証拠手続で協力を拒絶ことができ、それを強制されない。このような第三者は、その拒絶権をさらに理由づけなくてよい。すなわち、当該血縁関係、または人的関係を指摘さえすればよい

(65) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn.3), S.254. 参照。

(66) *Oberhammer/Domej/Haas* a.a.O. (Fn.3), S.808. (*Hans Schmid*).

のである。かかる第三者が任意で証拠調べに協力するとき、裁判所は、その証言を、当事者との近接性への考慮の下で評価しなければならない。

かかる第三者として、スイス民訴法165条1項は、次の者を掲げる。すなわち、①当事者と婚姻している者又は婚姻していた者、または事実上生活共同体関係にある者、②当事者と共通の子を有している者、③当事者と直系の血族又は傍系で三親等内の血縁関係にある者、④当事者の養親、養子、および養兄弟姉妹、⑤当事者のために後見人または保佐人に任命された者である。なお、登録パートナー関係は、婚姻関係と同視され（スイス民訴165条2項）、また、異母または異父兄弟姉妹は、兄弟姉妹と同視されている（スイス民訴165条3項）。

(関連条文試訳)

165条 包括的拒絶権

- 1 次に掲げる者は、協力を拒絶できる。
 - a 当事者と婚姻している者、婚姻していた者、又は事実上生活共同体関係にある者
 - b 当事者と共通の子を有している者
 - c 当事者と直系の血族か、傍系で三親等内の血縁関係にある者
 - d 当事者の養親、養子、及び養兄弟姉妹
 - e 当事者のために後見人又は保佐人に任命された者
- 2 登録パートナー関係は、婚姻と同視される。
- 3 異母または異父兄弟姉妹は、兄弟姉妹と同視される。

②制限された拒絶権

特定の第三者は、個別の事実との関連で協力を拒絶する権利を有する（スイス民訴166条）。これらの制限された拒絶権は、第三者から良心と利益の衝突を免れさせることに資する。加えて、法律上の秘密や公的機関が特別な信頼や公的利益を保護される⁽⁶⁷⁾。この拒絶権は、個々の事案において理由づけられなければならない。その際には、疎明で足りる。このような制限された拒絶権は、以下のような場合に存在する。①本人、または近親者の訴追の可能性がある場合、②職業上の秘密の侵害、③職務上の秘密の侵害、④オンブズマン、夫婦または家族の助言、ならびにメディアエーションの秘密の侵害、⑤報道機関の秘密の侵害である（スイス民訴166条1項）。

また、法律によって保護される他の秘密を有する者は、秘密保持の利益が真実発見の利益よりも優先することを疏明する場合には、協力を拒絶することが

(67) Botschaft ZPO (Fn.2), S.7318.

できる（スイス民訴166条3項）。

（関連条文試訳）

166条 制限的拒絶権

- 1 第三者は、以下に掲げる事項については、協力を拒絶できる。
 - a 第三者又は第165条の意味における第三者と近い関係にある者が刑事訴追又は民事上の責任を問われる可能性のある事実の確定について
 - b 第三者が秘密保持違反のために刑法321条により処罰される可能性がある場合、但し、監査役は除く。弁護士及び聖職者を除き、第三者が通知義務を負うとき又は秘密保持義務から免除されているときは、協力しなければならない。但し、秘密保持の利益が真実発見の利益よりも優先することを疎明する場合には、この限りではない。
 - c 第三者が刑法110条4号の意味における公務員もしくは官庁の構成員として職業上の身分において打ち明けられた事実の確認、又は職務の遂行に際して知った事実の確認について
 - d 第三者がオンブズマン又はマスメディアとして関係する活動の枠内で知った事実を供述しなければならないとき
 - e 第三者が職務上又は補助者として定期刊行媒体の編集箇所における情報の公表に関係する場合の著者の特定又はその情報源に関して
- 2 法律によって保護される他の秘密を有する者は、秘密保持の利益が真実発見の利益よりも優先することを疎明する場合には、協力を拒絶することができる。
- 3 情報開示に関する社会保険法の特別規定は、これを留保する。

③適法な協力拒絶と不適法な協力拒絶

前述したように、第三者は、証拠手続に協力しなければならないという裁判所の命令を抗告（スイス民訴167条3項、319条b号）により取り消すことができる。それによって、第三者は、裁判所が不当に拒絶権を否定したことを主張することができる。この根拠により、たとえば、医師は患者の来歴の提示の要求を、銀行は取引先を報告するような要求を取り消すことができる⁽⁶⁸⁾。

他方、前述の通り、第三者が適法に協力を拒絶した場合、裁判所は、そのことから証明される事実を推認してはならない（スイス民訴162条）。

第三者が不適法に協力を拒絶し、または第三者がこれを怠ったとき、訴訟上の義務の違反となり、これは直接、または間接的に貫徹されうる（スイス民訴167条）。裁判所は、このような場合、以下のような措置をとることができる。すなわち、①1000スイス＝フランまでの秩序過料命令、②刑法292条による刑

(68) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn.3), S.258. 参照 (BGE142 III 116)。

罰の警告, ③強制的実施命令, ④拒絶によって生じた訴訟費用を課すことである。

6) 協力義務, 拒絶権, および懈怠の結果に関する教示

裁判所は, 当事者および第三者に, 協力義務, 拒絶権, および懈怠の結果について教示することを要求されている⁽⁶⁹⁾。拒絶権について教示をしないと, 申し出られた証拠は, 考慮されてはならない。それは, 関係当事者が同意し, または拒絶が不適法になされた場合には, その限りでない(スイス民訴161条)。

(関連条文試訳)

161条 教示

- 1 裁判所は, 当事者および第三者に対して, 協力義務, 拒絶権及び懈怠の効果について教示するものとする。
- 2 裁判所は, 拒絶権を教示しない場合には, 証拠調べの結果を考慮することは許されない。ただし, 関係当事者が同意していた場合又は拒絶が不当に行われていた場合は, この限りでない。

5 証拠方法

スイス民訴法168条によれば, 証人, 文書, 検証, 書面による情報提供(照会), 当事者質問及び供述証拠の証拠方法が認められる。このように限定して適法な証拠方法を挙げての立証は, 「厳格な証明」と言われる。証明権は, この適法な証拠方法の列挙によって具体化されるのである。ただし, 家族法上の手続において子供の利益に関する事件については, 例外が設けられている(スイス民訴168条2項)。すなわち, この手続においては, 規定された形式において申し出られていない証拠方法も認められる。このような無形式な証拠調べは, 「自由な証明」とも表される。

スイス民訴法168条に挙げられていない証拠方法はすべて不適法となる。この限定の意味は, 認識の様々な根源(人の供述, 専門知識, 裁判官の個人的知見など)は, 個々の証拠方法に規定されている形式で訴訟に導入されねばならないということである⁽⁷⁰⁾。もっとも, 弁論主義及び処分権主義が適用される領域では, 特定の証拠方法を放棄するなどの証拠方法契約(ないし挙証契約)は適法とするのが多数説である⁽⁷¹⁾。

(69) *Oberhammer/Domej/Haas* a.a.O. (Fn.3), S.799f. (*Hans Schmid*).

(70) *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn.1), S.970, (*Peter Hafner*).

(71) *Oberhammer/Domej/Haas* a.a.O. (Fn.3), S.817. (*Hans Schmid*). 参照。

なお、個々の証拠方法の解説は次号にまわす。

6 証拠評価

証拠手続は、事実の確定を目的としている。そして、この事実の確定は、証明の必要な事実の存在に関する裁判所の判断によって行われる。この裁判所の判断はその都度の裁判官の確信に基づく。確信形成の結果は、証明度、証拠方法の証明力及び当事者、第三者の行為に依存する⁽⁷²⁾。証明度は実体法に依拠するが、証拠方法の証明力及び当事者、第三者の行為は、証明の結果を評価することである証拠評価によって判断される。裁判所は、証拠評価の段階で、主張された事実が証明の結果から真実とみなすことができるか、そして、法を適用すべきかを判断する。それに応じて、証拠評価は、真実発見の一部であるといえる⁽⁷³⁾。

訴訟において認定される真実は、ある事実が当事者から主張され、そしてそれに続いて証明されたことに依存しているから、(実質的真実に対する)形式的真実という言葉が用いられる。というのも、適切な主張及びより良い証明がなされる場合には、何を真実とみなすかについての判断が異なることは排除されないのである。

1) 自由な証拠評価

スイス民法157条1項によれば、裁判所は、証拠の自由な評価に従い、その確信を形成する。この原則は、訴訟法において中心的意義を有する。裁判所は、その自由に形成された評価に従い、ある特定の事実について証明がなされたか、それとも証明されなかったかを決定する。自由な証拠評価は、恣意であることを意味するのではなく、証拠手続の結果に基づく誠実な推論をなす義務を意味するのである⁽⁷⁴⁾。

原則として、証拠方法の価値と証拠法規が結びつくことはなく(評価の自由)、若干の例外はあるが、すべての知覚の原因を根拠とすることができる(利用の自由)。

裁判所は、思考および自然原則、ならびに経験則に基づき証拠を評価し、重要性を判断する。間接事実および訴訟における当事者の行動も、証拠評価にお

(72) *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn.1), S.914, (*Peter Guyan*).

(73) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn.3), S.277. 参照。

(74) *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn.1), S.914, (*Peter Hafner*).

いて取り込まれる。裁判所は、ある事実について証明がなされたか、それとも失敗したかという、成立において含まれる主観的評価を、例えば、完全性、一貫性、追証可能性といった客観的基準による審査に基づいて評価するのである。証明が異なった要素からはじめて生じるとき、すべての要素が単独で考慮されるのでは足りない。すなわち、必要なのは、全体像においてこれらの要素の協働が適切に評価されることである。疑いは、抑制されてはならない。それは、表明することもできるし、事実の証明を失敗したものとみなすこともできる⁽⁷⁵⁾。つまり、ある証明対象に関して起こりうる行為と共にすべての証拠を自由に評価して、証明の必要な事実関係が存在するか否かが確定されうるのである。

裁判所は、個々の事案においてその証拠評価を理由づけなければならない⁽⁷⁶⁾。特に、個々の証拠要素の間で矛盾があるとき、例えば、なぜ証言は信用できて、そのほかは考慮されないのかの説明されなければならない。

(関連条文試訳)

157条 自由な証拠評価

裁判所は、証拠の自由な評価に従い、その確信を形成する。

2) 例外としての証拠法規

スイス民訴訟法は、自由な証拠評価の例外として、証拠方法の証拠価値に関する規定を有していない。しかし、スイス民訴訟法179条の規定によれば、公的登記簿および公文書はその強力な証明力により、その内容の不当が証明されない限り、スイス民法9条に対応し、それによって証明される事実の完全な証明をもたらす、自由な証拠評価の例外となる「確固たる証拠法規」である。また、スイス民訴訟法169条における伝聞証人の排除も「確固たる証拠法規」であるとされている⁽⁷⁷⁾。伝聞証人の陳述は、証言とはならず、それは、間接事実として考慮されることになる。

証拠方法の排除に関する様々な法規が、個々の場合において又は証拠調べの方法に関して一定の制限をもたらすが、認識の根拠としては原則的に排除され

(75) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn.3), S.279. 参照。

(76) *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn.1), S.915, (*Peter Hafner*) „*Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn.3), S.279. など参照。

(77) *Botschaft ZPO* (Fn.2), S.7316., *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn.1), S.914, (*Peter Hafner*).

ない。例えば、スイス民訴法168条は、適法な証拠方法を制限しているが、この証拠方法への制限は、本質的には、個々の証拠方法について規定された形式における当該認識が訴訟に導入されなければならないことのみを意味する。また、前述したように、違法に入手された証拠方法は、真実発見の利益が優越する場合にのみ考慮される（スイス民訴152条2項）。さらに、スイス民訴法156条によれば、裁判所は、証拠調べが当事者または第三者の保護すべき利益、特に営業上の秘密を危険にさらすとき、一定の措置をとることができる。スイス民訴法163条以下による前述の拒絶権に基づいて、第三者及び当事者は、予断のため、誠実さとの衝突、および秘密を理由として、証拠手続の際の協力義務から解放される。未成年者の協力義務について、裁判所は、裁量で決定する（スイス民訴160条2項）。他方で、分離鑑定は、原則としてそこで確定された事実に関して、裁判所を拘束する⁽⁷⁸⁾。

3) 個々における裁判所の証拠評価

①証言および鑑定の評価の特殊性

a 証人と当事者の供述

証言又は当事者の供述は、評価が難しく、かつ相対的に確かでない証拠方法である。供述の評価の中核は、その供述の信頼性にある⁽⁷⁹⁾。そこで、証人および当事者の供述の評価の際には、特に認識や想起を欠いている可能性、尋問された者の動機付けの状況（予断）、尋問された者の証言義務、陳述の内容的な正しさおよび確実性が考慮される⁽⁸⁰⁾。

b 鑑定

裁判所は、鑑定も自由に評価する。しかし、専門的な問題において、十分説得的な根拠なく、専門家の説明を自身の考えに置き換えてはならない。専門知識の結論が不十分、または矛盾して理由づけられているとき、または、明らかに誤った根拠に基づいている場合にのみ、専門知識の結論と異なる評価をすることができる。鑑定の評価基準は、完全性（すべての質問に答え、結局的事実や起こりうる事実の所見が完全に明らかにされていること）、一貫性及び追証可能性

(78) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn.3), S.278f 参照。

(79) *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn.1), S.916, (*Peter Hafner*).

(80) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn.3), S.280. 参照。*Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn.1), S.917f, (*Peter Hafner*). が詳細である。

である。通常、裁判所は、鑑定が不明瞭な場合、補充の質問をする。提出された鑑定意見に基づいて、鑑定人の専門知識に裏付けられた能力が不十分であることが証明されたときは、裁判所は、第二の鑑定人を指名しなければならない。鑑定の説得力に対する疑いは、裁判官の場合、特に私的鑑定に基づいて生じうる。

②証拠手続の結果として主張されていない事実

証拠手続において、主張されていない事実又は正確に主張されていない事実が示されることがしばしば生じる。ここでも、射程外の証拠結果が問題となる。例えば、証人が当事者の主張していない事実を陳述する可能性がある。そのほかに、鑑定人が時には当事者が想定しておらず、主張もしていない結果をもたらすこともある。最後に、第三者又は相手方から提出された文書が、主張責任を負う当事者が引用していないような決定的な要素を含むことがある。

このような射程外の証拠結果は、その事実が主張された事実において含まれているとき、または、詳しく説明することが要求できない主張について、主張された事実の具体化が問題となる場合には、問題なく判決の基礎としてよいとされている。射程外の証拠結果は、事実の主張が明らかに不完全であり、そのために積明義務に基づく補完が指示される場合にも生じる。証明されるが、もともとの主張では主張されていない事実が現れたときは、場合によっては、それらは、スイス民訴法229条及び同317条の意味での新たな事実として、または、訴えの変更の枠内で考慮することができる⁽⁸¹⁾。

③間接事実

間接事実は、法律上重要ではないが、法律上重要な事実を推認する事実である。これは、間接的な証拠提出との関係で問題となる。例えば、銀行に一定の金額があることの指摘は、その日に取引相手はその額を現金で交付したとの主張についての間接事実である。裁判外の自白も、間接事実として評価される。

証拠方法を欠いていることから直接の証拠の提出が不可能である場合、十分な間接証拠によって裏付けられる間接的な証明がなされる。これは、善意、悪意のような内面的な事実の証明についても通常起こりうる。さらにまた、間

(81) *Oberhammer/Domej/Haas* a.a.O. (Fn.3), S.786. (*Hans Schmid*). など参照。

接事実は、直接証拠の評価の際にも役に立ちうる。

④事実上の推定

間接事実に基づいて、または経験則に基づいて立証されるべき事実を直接には証明されない事実を高い蓋然性をもってそれが証明されたとみなされうると推認されるとき、それは「事実上の推定」という。相手方当事者は、反証によって裁判所に事実上の推定への確かな疑いをもたらし、証明が失敗したとみなされるようにする可能性を有している。反証が成功しないと、いわば事実上の推定は、完全な証明へと圧縮される。これによって、事実上の推定では、証拠評価が問題となり、法律上の推定とは異なり、証明責任の分配についての指示には該当しない⁽⁸²⁾。

学説及び判例は、例えば、以下の場合に、事実上の推定を認める⁽⁸³⁾。すなわち、①注文集またはその代理人により署名された管理報告書または範囲文書 (Ausmassurkunde) は、その内容が真実と合致し、証明されるべき支出が必要であることについて事実上の推定を基礎づける。また、②外貨における損失の主張をする際、適時の支払いについては、外貨がスイスフランに変えられたものとする事実上の推定が存在する⁽⁸⁴⁾とする。③保険には、利率を得るために、適時の支払いがされた場合には、義務を負っている金銭が目的にしたがって支出されたものとする事実上の推定がある⁽⁸⁵⁾とする。さらに、④規則通りに記載された簿記については、その正しさについて事実上の推定がある。⑤領収書は、支払いについての事実上の推定の基礎となるのである。

⑤当事者の行動

当事者が訴訟において矛盾した行動をし、又は説得的な理由なく自白を撤回する場合には、証拠評価の際に、当該当事者に対して不利に評価することができる。スイス民訴法164条は、明文で、この旨を規定する(前述)。つまり、同規定は当事者が証拠調べへの協力を不当に拒否した場合には、裁判所は、証拠評価の際にこれを考慮しなければならないことを命じている。その際に、例えば、証拠方法の破壊や証言の拒否は、当該当事者に対して不利に評価されうる

(82) BGE123 III 241.

(83) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn.3), S.282f. 参照。

(84) BGE117 II 256.

(85) BGE123 III 241.

のである。

判例によれば、証明責任を負う当事者が不特定な消極的事実の証拠を提出することができない場合には、相手方当事者は、立証に協力する機会を有する。協力義務の拒絶は、そのような場合において、証拠評価に際して、相手方当事者に不利に考慮されることになる⁽⁸⁶⁾。

⑥先行的証拠評価 (antizipierte Beweiswürdigung)

裁判所は、それが他の証拠方法によりすでにその確信が得られており、また、申し出られた証拠方法が有用ではないとみなしたときは、証拠の申出を却下することができる⁽⁸⁷⁾。このような行為は、「先行的証拠評価」と呼ばれる。裁判所は、いわばその証拠を調べる前に証拠を評価し、特定の証拠申出は、たとえそれがなされても証明の結果は何も変わらないとの解釈をしているといえる。先行的証拠評価は、証拠評価の一種であり、証拠手続の短縮化を惹起せしめる。先行的証拠評価は、法的審問権や証明権を制限することにもなり、批判も提起されている⁽⁸⁸⁾。

その証拠が証明すべき事実が請求を基礎づけるものでない、または法律上重要でないこと、またはこれらの事実が理由づけられていないか、または十分に理由づけられていないことを理由として裁判所が証拠調べを拒否する場合には、それは先行的証拠評価ではない。

先行的証拠評価は、一部の場合において問題なく許容される。他の場合には、問題があり、不当に事実関係を認定することにもなりうる。連邦裁判所は、先行的証拠評価を一定の限界において認めている。個々の事案において、次のような結論になっている⁽⁸⁹⁾。

一部分について、それが主観的に有用ではないことを理由とした証拠方法の拒否は許されない。ある証明について唯一の強い予断を持った証人が申請され、裁判所がこの証人によって、主張されている事実が証明される場合でも、必要な確信に至らないと解釈し、証人が唯一の証拠方法であり間接証拠も存在しないときに尋問が予想される場合、評価に際して供述は一緒に考慮される。また、先行的証拠評価は、唯一の証拠方法として二当事者から申し出られ、そ

(86) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn.3), S.283. 参照

(87) *Botschaft ZPO* (Fn.2), S.7312. 参照。

(88) *Oberhammer/Domej/Haas* a.a.O. (Fn.3), S.783. (*Hans Schmid*). 参照。

(89) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn.3), S.284f. 参照

のほかに間接証拠がない場合には、認められる。しかし、看過されてはならないのは、証人および当事者の尋問、及び特にその信頼性またはそれに加えて一方当事者、または相手方当事者の確かな自白についての完全な根拠の対立が生じうる場合であり、このような場合には、先行的証拠評価は問題があると言われている。また、証明された結果から長期間が経過していることを理由とする場合には、証拠方法は、抑制的に放棄されるべきであるとされている。ここでは、他の証拠措置によって経験においてより近いものもたらされることは不可能と思われるからである。しかし、証拠方法の有用性および有意義性についての単なる疑いは、その拒絶と結びつけてはならない。さらに、すでに調べられた重要で信頼できる証拠に基づいて、ある事実の存否について裁判所の確信が明らかにされ、他の証拠方法が別の証明結果をもたらすことが不可能に見える場合には、他の証拠方法を拒否することが認められている。当事者が過度に多数の証拠方法を申し出る場合にも、先行的証拠評価は認められる。このような場合には、当事者は、多数の中から選択して申し立てるように要求される。もし当事者がこの要求に従わない場合には、裁判所自身が選択をし、証拠調べを理性的な程度に制限することができる。そして、裁判官の確信が単に一般的な経験則、事実上の推定、または間接事実から導き出されるとき、裁判所は、反証の枠内で、他の証拠を調べることができる⁽⁹⁰⁾。なにはともあれ、常に証明の結果がすでに疑いによって動揺しているときであり、反証を先行的証拠評価により拒絶することは許されない。また、武器対等の理由から、一方当事者の証人尋問の後に、他方当事者の証人を先行的証拠評価に基づき放棄することは許されない。

問題がないのは、客観的に特定の証明をもたらすための有用性がない証拠方法の拒否である。例えば、鑑定によっては、通常は二当事者間の意思の合致について証明はもたらされない。

7 個々の証拠方法—次号—

(90) BGE115 II 305.