

資 料

権利救済法システムの比較研究（2）

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（2）

松村和徳
吉田純平

スイス統一民事訴訟法の概要 (2)

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 (メディエーション)
 - (1) 調停制度—調停前置主義— —以上51巻3号—
 - (2) メディエーション (Mediation)
- 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 —以上本号—
 - (5) 当事者・第三者の訴訟参加
 - (6) 訴訟行為, 訴訟指揮
 - (7) 証拠法
 - (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

III スイス民事訴訟における調停制度・ メディエーション (Mediation)

- (1) 調停制度—調停前置主義—
—前号 (51巻3号) からの続き—
- (2) メディエーション (Mediation)

スイス統一民事訴訟法制定に際して、立法課題の中核の一つを形成したのは、訴訟前 (ないし裁判外) の紛争処理手段の強化である⁽¹⁾。裁判所の負担軽

減と費用の増大から当事者を保護することを目的としたものである。それゆえ、訴え提起前に交渉の機会が認められる必要があるとされ、そのために用意されたのが「調停」と「メディエーション」である。これらの手段のいずれを採るかは、当事者の選択による。そして、直接的に訴えの提起が認められるのは、特別の要件を満たす場合にのみとされた。その結果、スイスにおいては、民事訴訟の開始は、1) 調停申立ての場合(スイス民訴197条)、2) メディエーションの共同要求の場合(スイス民訴213条)、及び3) 直接的に訴えが認められる場合(調停が行われない訴訟類型(スイス民訴198条))の三つに分けられる。以下では、2) のメディエーションについて概説する。

1) メディエーションの意義

メディエーションとは、裁判外の紛争処理制度を意味するが、メディエーションの定義は必ずしも明らかではなく、また、スイス民訴法にはメディエーションに関する定義規定も存在しない。立法段階において作成された連邦政府による教書(Botschaft)によれば、メディエーションについて、以下のような説明がなされている。すなわち、まず、メディエーションは、「裁判所外の(aussergerichtlich)」紛争処理手続である⁽²⁾。本質的には、メディエーションは、中立で、独立した第三者による仲介(Vermittlung)を意味する。その意味で、古典的な調停と似ている。特定の機関による調停が非形式的な審理から成るのに対して、メディエーションは強固に構造化されている。調停機関に対するのとは異なり、当事者は、メディエーターに対して「水平的な(horizontal)」関係にある。さらに、メディエーターは、いかなる裁判権も有さず、したがって、仲裁とも明確に区別される。

2) スイスにおけるメディエーションの発展

①2011年スイス民事訴訟法以前⁽³⁾

スイスにおいては、市民裁判官(juges de paix)による調停が長く伝統を有していた。それは、1798年のヘルビディシユ憲法および1803年のメディエーシ

(1) Botschaft des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28.6.2006 (Botschaft ZPO), BBl 2006, S. 7327.

(2) Botschaft ZPO, aaO., S. 7335ff.

(3) Spühler/Tenchio/Infanger, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, 2013, S. 1074, (Philipp S. Gelzer/Peter Ruggle). など参照。

オン法に遡る。それに対応して、ほとんどの州の民事訴訟法は、訴訟手続の開始前に、市民裁判権もしくは調停機関における調停を行うことを要求する。このような調停手続は、調停機関や市民裁判官が判決権限を持たないという意味で、裁判所の法的な指導に基づくメディエーションとは異なったメディエーション概念により特徴づけられるものである。

裁判所外のメディエーションは、スイスにおいては、1980年代にまず家事事件の分野で、そして、その後に他の民事訴訟の分野でも重要視された。それに対応して、ノインブルク州及びヴァアト州が、婚姻の維持もしくは離婚事件において、合意の審議手続はメディエーターに委ねることを規定した。さらに、2000年には旧民法 (aZGB) 139条 3 項が施行され、家事事件メディエーターの証言拒絶権もしくは情報提供拒絶権が規定された。2001年および2004年には、グラウス州及びゲンフ州が、その民事訴訟法において裁判所外のメディエーションに関わる一般的な規定を置き、その中では、とくに、メディエーションでなされた合意に関する裁判所による認可の可能性を規定した。2007年1月1日以降では、行政手続についてメディエーターの証言拒絶権が行政事件手続法 (VwVG) に規定された。

②2011年スイス民事訴訟法制定におけるメディエーション⁽⁴⁾

専門家委員会で作成されたスイス民訴法の予備草案は、メディエーターの証言拒絶権とメディエーションの実施による手続の中止に関する個々の規定を除いて、メディエーション自体については規定しなかった。民事訴訟法にメディエーションの規定を欠いていることは、予備草案に対する意見聴取手続において、様々な州、学界、メディエーション機関から批判された。この批判に基づいて、連邦政府は、スイス民訴法の草案において、その第6章で、「メディエーション」という表題の下、包括的な章を挿入する方針を採った。その際、連邦政府は、メディエーションについて、訴訟手続との関係を明らかにし、それによって、裁判所の負担軽減をもたらす持続的な紛争解決というメディエーションの役割を果たしうることを意図した。

スイス民訴法の草案において提案されたメディエーションの規定は、全州議会および国民議会で可決され、その際には、スイス民訴法213条1項において

(4) Spühler/Tenchio/Infanger, aaO., (Fn. 3) S. 1074, (Philipp S. Gelzer/Peter Ruggle).

編集上の変更がなされたのみである。

3) メディエーションの手續

①調停手續に代わるメディエーションと判決手續におけるメディエーション

スイス民訴法に規定されているメディエーションは、調停手續に代わるメディエーション（スイス民訴213条）と、判決手續におけるメディエーション（スイス民訴214条）である。

両当事者（全当事者）の申立てに基づいて、調停手續の代わりにメディエーションを行うことができる（スイス民訴213条1項）。メディエーションは、当事者の任意により行われるものであるから、両当事者（全当事者）による申立てを必要とする。メディエーションの申立ては、調停手續の申立てにおいて、もしくは調停手續においてなすことができる（スイス民訴213条2項）。メディエーションの申立てが調停手續においてなされた場合、調停の審理は必要なくなる。また、それぞれの当事者は、いつでも、一方的にメディエーションへの移行を放棄できる。これは、メディエーションの任意性に基づくものである。

訴えの提起後であっても、メディエーションはいつでも行うことができる。それは、裁判所による勧告や両当事者の申立てに基づいてなす。このメディエーションについても、完全に当事者の任意に基づくため、一方的に放棄することもできる。しかし、メディエーションが継続している間は、裁判所の手續は中止される（スイス民訴126条）。

メディエーションが合意に至ったときは、この合意につき、当事者は共同で調停機関に認可を申し立てることができる。認可されたときには、この合意は、確定判決と同一の効力を有する（スイス民訴217条）。債務名義となるのである。つまり、この認可は、合意に執行力を付与し、法的安定性を創設することを目的とするものである。この認可は、合意が存在しない場合または合意が強行法規に違反する場合にのみ、拒絶されるにすぎない。

(関連条文試訳)

第213条 調停手續に代わるメディエーション

- 1 全当事者の申立てに基づき、調停手續に代わるメディエーションは、これを行う。
- 2 第1項の申立ては、調停の申立てにおいて、又は調停審理においてこれをなすことができる。
- 3 当事者の一方が調停機関にメディエーションの不成立を通知するときは、訴

えの認可が出される。

第214条 判決手続におけるメディエーション

- 1 裁判所は、当事者にいつでもメディエーションを勧告することができる。
- 2 両当事者は、裁判所にいつでも共同してメディエーションの申立てをすることができる。
- 3 訴訟手続は、当事者の一方による申立ての撤回、又はメディエーションの終了の通知までこれを中止する。

第217条 合意の認可

両当事者は、メディエーションにおいて成立した合意の認可を共同して申し立てることができる。認可された合意は、確定判決の効力を有する。

②メディエーションの構成とその手続

調停機関も裁判所も、メディエーションの構成及び実施に関わらない。当事者が、メディエーションの構成及びその実施について権限と責任を有する（スイス民訴215条）。メディエーターは、裁判所に指名されるものではない。しかし、裁判所は、利害関係人に役立つ情報を提供することができる。

（関連条文試訳）

第215条 メディエーションの構成及び実施

メディエーションの構成及び実施は、当事者の事柄である。

③訴訟手続との関係

メディエーションは、秘匿性を有し、調停機関及び裁判所から独立しているという特徴がある（スイス民訴216条）。裁判所も調停機関も、メディエーションに対して命令権限を有しない。さらに、ある事件においてメディエーターとして関与した者は、後に裁判所の機関として関与できない。メディエーターは、調停機関にも裁判所にも報告義務がない。

メディエーションの秘匿性は、当事者の陳述がその同意なしに後の訴訟手続において使用できないことを意味する。それに対応して、メディエーターは、証言拒絶権を有する（スイス民訴216条2項）。

（関連条文試訳）

第216条 訴訟手続との関係

- 1 メディエーションは、調停機関及び裁判所から独立し、秘匿性を有する。
- 2 当事者の陳述は、訴訟手続において用いることは許されない。

④メディエーションの費用

その機関の自治に基づき、当事者はメディエーションの費用を原則として負担する。この意味で、一般的な無償のメディエーションへの請求権は存在しない（スイス民訴218条1項）。

その例外も存在する（スイス民訴218条2項）。すなわち、子供の権利に関する事件（たとえば財産法的な性質を有しないもの、もしくは親の監護の分配に関する紛争）は、一定の要件の下、無償のメディエーションが認められる。これらが困難な事件は、当事者間のコミュニケーションの維持が重大な意味を有することから、特別な取り扱いが認められるのである。国際的な夫婦間の事件の場合は、メディエーションは、子供の連れ去りを防止し、返還を容易にする。

無償のメディエーションの要件は、以下の通りである。すなわち、第一に、当事者は、訴訟法上の意味において、無資力でなければならない。これに関しては、無償の司法に関する事件が妥当する。第二に、裁判所がメディエーションを勧めなければならない。これは、具体的な事案においてメディエーションが適当であり、持続的な解決が得られるとの結論がある場合にのみなされる。無償の司法の場合のように、費用の無償化は最終的なものではなく、州における追加請求権のもとでなされる。この（連邦法上の）無償のメディエーションへの請求権は、最小限のものと理解される。そして、州は、さらなる費用軽減をするかについて自由に判断できる（スイス民訴218条3項）。

（関連条文試訳）

第218条 メディエーションの費用

- 1 当事者は、メディエーションの費用を負担する。
- 2 次に掲げる場合に、子どもの権利に関する事件において、当事者は、無償のメディエーションを請求することができる。
 - a 必要な資力を欠くとき
 - b 裁判所がメディエーションの実施を勧めたとき
- 3 州法は、ほかに費用の減免を規定することができる。

IV スイス民事訴訟における判決手続

（1）手続原則

スイス統一民事訴訟法典の特色のひとつに、手続原則が明文化されている点を挙げることができる。フランスの法制に類似した法典化ともいえるが、内容的には、手続原則は新規に制定されたものではなく、これまで各州において適

用されていた諸原則であり、ドイツ法圏（とくにドイツ法において）で議論されてきた原則に対応している⁽⁵⁾。もっとも、スイス民法に手続原則の表題の下に規定されている手続原則は網羅的ではない。例えば、自由心証主義は証拠法との関係において規定されているし、武器対等原則は憲法等において規定されている。

立法段階において、手続原則との関係では、比較法的考察の下、裁判所の役割の強化と積極化が共通の関心事であった⁽⁶⁾。ドイツ法やオーストリア法における討論義務や不意打ち判決回避のための重要な観点の指摘義務が取り上げられ、その結果、スイス法では「発問義務 (Fragepflicht)」という形などで、裁判所の積極性が追求されている⁽⁷⁾。裁判所の積極的役割は、一方で実体的真実発見に資し、他方で手続の促進と簡素化に資するものと考えられていたのである。これにより、簡易手続における社会的職権探知主義の導入など手続原則の変革が行われたのである。

スイス統一民事訴訟法典は、手続原則を憲法上の原則に基づくものとそれ以外のものに分けて規定する。以下、個別の手続原則につき概説していく。

1) 民事訴訟法に適用されうる憲法原則

スイス統一民事訴訟法は、憲法上に規定された民事訴訟手続においても意義を有する保障規定を取り込んでいる。

①信義誠実義務

まず、スイス民法は第52条で信義誠実義務を手続原則として掲げる。つまり、裁判手続に關与するすべての者が信義誠実にかつ権利濫用なく訴訟において行動することが要請されているのである。信義誠実な行動は、公法並びに訴訟法、強制執行法を含むすべてのスイス法秩序における原則的要請である。この原則は、連邦憲法9条で国家機関の義務として規定され、スイス民法2条の総則規定の形で何人に対してもその権利行使及び義務履行に際して認められている。かつては、スイス連邦裁判所の判例は民事訴訟法におけるこの原則の承

(5) *Oberhammer/Domej* (Hrsg.), *Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2 Aufl. (2013), S. 219. (*Oberhammer*)

(6) *Botschaft ZPO*, aaO., S. 7250f.

(7) 立法前後の裁判所の積極性をめぐる議論に関しては、*Christian Widmer*, *Die Verhandlungsmaxime und die richterliche Fragepflicht*, 2013 など参照。

認を拒否したのもあったが⁽⁸⁾、この統一民事訴訟法典において明確に規定されたのである。

スイス民訴法第52条に規定する「裁判手続に関与するすべての者」とは、当該訴訟の当事者、その代理人、訴訟参加人及び裁判官を意味する。つまり、信義誠実義務は、当事者間だけでなく、当事者と裁判所との間でも適用されるのである⁽⁹⁾。信義誠実義務は、信義誠実の原則による行動の要請だけでなく、訴訟上の権利の明確な濫用はいかなる権利保護も与えられないこと（権利濫用の禁止）を意味する⁽¹⁰⁾。訴訟においてのその権利の主張や防御においてこの原則に反する訴訟戦術は許されないのである。

この信義誠実義務から事実関係に関する当事者の真実義務もまた導き出される⁽¹¹⁾。当事者は、意図的な反真実の事実主張や良心に反して真の事実を争うことをしてはならないのである。

また、この原則により権利濫用的な訴訟行為は許されない⁽¹²⁾。例えば、訴訟遅延を意図した訴訟行為や相手方の立証を意図的に無に帰せしめる行為などは許されない。一方当事者の矛盾行為も権利濫用的なものとされるし、不必要な訴訟費用の原因も権利濫用的なものとなされる。当事者の一方による権利濫用的行為は結果として損害賠償義務を生じせしめることもある。

信義誠実義務からはまた、訴訟促進要求が生じ、当事者は、適切な期間内に事件について判決を求める請求権を有する⁽¹³⁾。

(関連条文試訳)

第52条（信義誠実の原則にのっとりた行動）

手続に関与する全ての者は、信義誠実の原則に則り行動しなければならない。

②法的審問請求権

(8) *Spühler/Tenchio/Infanger*, aaO., (Fn. 3) S. 319 (*Myriam A. Gehri*).

(9) 憲法9条は、各人に法適用機関及び司法機関に対する信義誠実な行為を求める直接的請求権を認める。また、極端な形式主義は権利の拒絶の特別形式とされている。

(10) *Spühler/Tenchio/Infanger*, aaO., (Fn. 3) S. 320 (*Myriam A. Gehri*).

(11) *Spühler/Tenchio/Infanger*, aaO., (Fn. 3) S. 320 (*Myriam A. Gehri*).

(12) 詳細は、*Spühler/Tenchio/Infanger*, aaO., (Fn. 3) S. 320f (*Myriam A. Gehri*).; *Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler*, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 2. Auflage, 2016, S. 143f.

(13) *Spühler/Tenchio/Infanger*, aaO., (Fn. 3) S. 322 (*Myriam A. Gehri*).

スイス憲法29条2項は、当事者の法的審問請求権の保障を規定する。それをそのまま規定するのが、スイス民訴法53条1項である。当事者の法的審問請求権は、すべての法治国家における訴訟の最も基本的原則であるとの前提の下、この原則は、一方で、事実関係解明の手段として、他方で、訴訟における真実発見に役立つものと考えられている。その場合に、裁判所は、当事者との討論義務、その諸々の手続上の申立てを受理し、審査する義務を負い、そして、適時のかつ適法な証拠方法を採用する義務を負うのである。法的審問請求権は裁判所の判決が関わってくる第三者にも保障される。また、法的審問請求権は、武器対等原則の意味において、個々の法的地位を侵害することになる判決言渡ししが問題となる場合に、両当事者に人的相関的な関与権を認めている⁽¹⁴⁾。さらに、この法的審問請求権に基づいて、関係人に対しても、その法的地位を侵害することになる判決言渡前に意見を述べる権利、重要な証拠を提出する権利、重要な証拠の申出について審問を受ける権利などが与えられているのである。

法的審問請求権の定義づけは、民事訴訟法典では行われていない。個々の条文において具体化され、保障されている。例えば、裁判所での代理及び助言をさせる旨の請求権（スイス民訴68条1項）、具体的呼出しを求める権利（スイス民訴133条、136条、170条）、証明権（スイス民訴152条1項）、弁論及び証拠調べへの参加請求権（スイス民訴155条3項）、協力義務に関する解明を求める権（スイス民訴161条）、答弁の提出を求める権利（スイス民訴222条、223条）、再抗弁及び再々抗弁を伴う最初の当事者陳述請求権（スイス民訴228条）、判決の理由づけ請求権（スイス民訴239条2項、318条2項、327条5項）などである。

スイス民訴法53条2項において規定する文書の閲覧請求権は、当事者の法的審問請求権を具体化したものである。この閲覧請求権はスイス憲法29条2項に相当する。判決に関わる者は、判決が下される前に判決の基礎となる重要な点に関して意見を述べるができるようにすべきであることから、すべての基準となった文書の閲覧が可能とされたのである、この閲覧請求権は、複写、写真、手控えの作成を求める権利を含む。この請求権は、手続の係属中のみ行使が可能である。

なお、閲覧請求権は、国家利益及びデータ保護法に基づく正当な第三者の秘

(14) *Spühler/Tenchio/Infanger*, aaO., (Fn. 3) S. 324 (*Myriam A. Gehri*); *Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler*, aaO., (Fn. 11), S. 139.

密保持利益によって制限される。

(関連条文試訳)

第53条 (審問請求権)

- 1 当事者は、法的審問を求める請求権を有する。
- 2 当事者は、優先される公益又は私的な利益を害さない限り、特に訴訟に関する文書を閲覧し、かつその複写を作成させることができる。

③公開主義

憲法上の原則が民事訴訟法において規定されたものとして、裁判の公開原則がある。スイス民訴法54条に規定されたこの原則は、ヨーロッパ人権条約6条及びスイス憲法30条3項に相当する。スイス憲法30条3項は、法律による例外を認めつつ、裁判弁論と判決の言渡しは公開である旨を規定する。裁判所は、通常手続及び簡易手続において自ら主要弁論期日を放棄することは許されないのである。当事者公開は、裁判所に対して公開の弁論において口頭で論証を陳述する当事者の請求権を含む。その意味で、法的審問請求権の保障の一部となる。公開主義は、司法のコントロールに寄与する。

公開の弁論を請求する権利は、原則として第一審手続についてのみ保障される。上訴手続は書面主義が適用される。公開についての当事者の申立ては必要ではない。当事者は、主要弁論も公開の弁論も放棄することができる(スイス民訴233条1号)。

公開主義は、公益もしくは関係当事者の保護に値する利益によりその除外が必要であるときは、公開は、全部又は一部についてその除外が認められている(スイス民訴54条3項)。裁判所は、相応の利益考量を行う必要がある。したがって、公開原則の制限は常に相関的なものとなる⁽¹⁵⁾。また、家事事件では、非公開の原則が採られている(スイス民訴54条4項)。

(関連条文試訳)

第54条 (公開主義)

- 1 審理及び、判決が口頭で言い渡される場合の言渡しは、公開でこれを行う。裁判は、一般に公開される。
- 2 判決の審議を公開するかは、州法がこれを定める。
- 3 公益もしくは関係当事者の保護に値する利益により必要であるときは、公開は、全部又は一部についてこれを除外する。
- 4 家事事件は、公開しない。

(15) Spühler/Tenchio/Infanger, aaO., (Fn. 3) S. 334 (Myriam A. Gehri).

2) 民事訴訟法上の手続原則

スイス民法は、さらに訴訟手続上認められてきた手続原則を列挙する。

① 処分権主義と職権主義

まず、スイス民事訴訟においても、当事者がその私的自治に基づき訴訟物について自由に処分する権限を有することを原則とする。つまり、「処分権主義」が原則適用されており、訴訟物についての処分権限を当事者から奪う「職権主義」は例外的に適用されるのである（この場合には、請求の放棄・認諾が許されない。また、裁判所は当事者の申立てに拘束されずに判決をなす）。スイス民法58条がその旨を規定する。処分権主義は、訴訟の開始、申立事項への裁判所の拘束、手続の終了において適用されているのは、日本法と同様である。

処分権主義の例外とされる職権主義は、公益性及び第三者利益の観点から認められている。例えば、訴訟物特定についての当事者支配の制限として職権主義は、家事事件における子供の関する請求の場合（スイス民法296条3項）、離婚合意の追認の場合（スイス民法279条以下）、スイス民法287条による扶養の合意の場合などで規定されている。また、このような場合には、職権による真実発見の命令、つまり、職権探知主義を伴う⁽¹⁶⁾。原則として、婚姻関係訴訟や身分関係訴訟においては、裁判所は当事者の申立てに拘束されない⁽¹⁷⁾。組合契約等の取消訴訟や会社解散訴訟などは、第三者に判決効が及ぶことから当事者による認諾が許されない場合である。

(関連条文試訳)

第58条（処分権主義及び職権主義）

- 1 裁判所は、当事者が要求する以上の事項及びそれ以外の事項、かつ相手方当事者が認諾する事項より下回る事項については、当事者に対して判決をしてはならない。
- 2 裁判所が当事者の申立てに拘束されないとする法律上の規定は留保される。

② 弁論主義と職権探知主義

スイス民法においても、一般に弁論主義が妥当する。つまり、裁判所に判決に必要な事実関係を提出することは原則として当事者の役割であり、裁判所

(16) *Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler*, aaO., (Fn. 12), S. 121.; *Oberhammer/Domej*, aaO., S. 286 (*Oberhammer*).

(17) *Spühler/Tenchio/Infanger*, aaO., (Fn. 3) S. 355f. (*Myriam A. Gehri*).

は自ら事実関係を解明することは許されていない。請求を裁判上なすか否かを決定する当事者は、訴訟の事実上の基礎も明らかにしなければならないとするのである。しかし、法適用については、裁判所の専権である。スイス民法はこの点を明確に法文化した(スイス民法57条)。

弁論主義から主張責任が観念されるのは、日本、ドイツ等と同様である。スイス民事訴訟では、概括的主張は認められておらず、主張は理由づけが要請され、理由づけ責任(Substantiierungslast)と否認責任(Bestreitungslast)が観念されている⁽¹⁸⁾。原告側の主張の理由づけ要請は、依拠する法規範の構成要件事実から明らかになり、他方で、理由づけの程度は被告の否認(反論)に依存する。被告側の否認も理由づけを必要とする。

両当事者は、その主張のために必要な証拠を提出しないし申し立てねばならない。弁論主義から立証責任(主観的証明責任)が導き出されている。

他方、スイス民法は、弁論主義の制限も規定する。まず、訴訟要件については(後述)、裁判所が職権で訴訟要件を満たしているか否かを審査する(スイス民法60条)。明確に主張され、争われている事実を含む事実(黙示的事実陳述)は主張を要しない。

争いのない事実の正当性に著しい疑いがある場合には、裁判所は、弁論主義が適用される手続においても職権で証拠調べができる(スイス民法153条2項)。また、検証、鑑定、当事者尋問(証拠供述)については、一定の場合に、裁判所は職権でなしうる(スイス民法181条1項、183条1項、192条)。

顕著な事実、歴史的事実、共通の経験則については、裁判所は当事者の主張がなくとも取り上げることができ、証明も必要ない。証拠調べで明らかとなった事実が当初の主張を超える結果となった場合には、その証拠結果を裁判所は判決の基礎にすることもできる⁽¹⁹⁾。

弁論主義との関係において、スイス民法の特色の一つに裁判官の発問義務(釈明義務)を強化した点がある。スイス民法56条は、当事者の陳述が不明瞭である場合、矛盾している場合、不明確である場合又は明らかに不完全である場合には、裁判官は、相応の発問により、当事者に明瞭化及び補充の機会を与える旨規定する。これは、弁論主義を補完するものであり、正しい判決獲得を目的としたものとされる。この規定は、発問権ではなく、発問義務を意図し

(18) Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler, aaO., (Fn. 12), S. 123. いずれの責任も弁論主義から導き出されている。

(19) Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler, aaO., (Fn. 12), S. 128.

たものである⁽²⁰⁾。裁判官の発問義務（及び解明義務）は、原則として、適時に訴訟において提出された陳述に関してのみ存することになる。また、その中核は、裁判官が当事者に誤った事実陳述を指摘する点にある。裁判官の発問義務は当事者の事実主張があったことが前提であり、当事者の陳述しなかった事実
に注意を向けさせることは許されない。

発問義務は、本人訴訟において武器対等原則の観点からその適用が強化されている（とくに、簡易手続において、スイス民訴247条1項）。しかし、発問義務は、当事者による事実関係の陳述に代えることは許されていない⁽²¹⁾。

裁判所の発問義務はインストラクション手続又は主要弁論期日において口頭でなされるのが一般的であるが、書面による発問が閉ざされているわけではない。発問義務に基づき陳述された新たな事実や証拠方法は、Aktenschluss（新たな証事実及び証拠方法の提出の終了）までにのみ無制限に訴訟に提出できる。

弁論主義の対立概念である職権探知主義は、法律に特別の規定がある場合にのみ認められている（スイス民訴55条2項）。職権探知主義の下では、事実関係の確定に際して当事者の協力は不可欠である。スイス民訴法は、職権による事実関係確定の場合と当事者の協力義務が課せられた場合に職権探知主義を分けて規定する。前者を単純職権探知主義、後者を強化された職権探知主義とする⁽²²⁾。前者は、裁判所が事実関係を職権で確定（feststellen）しなければならない場合であり、法律の規定に基づく。社会法関連訴訟や離婚手続の一部で適用される。後者は、裁判所が事実関係を職権で探求（erforschen）しなければならない場合であり、これも法律の規定に基づく。家事事件における子供の利益に関わる事案などで適用される。この場合には、裁判所は、当事者の申立てがなくとも独自の証拠調べにより事実関係を解明しなければならない。

（関連条文試訳）

第55条（弁論主義及び職権探知主義）

- 1 当事者は、裁判所に、自らの要求を裏付ける事実を示し、証拠方法を申し立てなければならない。
- 2 職権による事実関係の認定及び証拠調べに関する法律上の規定は留保される。

第56条（裁判所の発問義務）

当事者の陳述が不明瞭である場合、矛盾している場合、不明確である場合、も

(20) Spühler/Tenchio/Infanger, aaO., (Fn. 3) S. 343. (Myriam A. Gehri).

(21) Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler, aaO., (Fn. 12), S. 125f.

(22) Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler, aaO., (Fn. 12), S. 129f.

しくは明らかに不完全である場合には、裁判所は、相応の発問により、当事者に明瞭化及び補充の機会を与える。

第57条（職権による法の適用）

裁判所は、職権で法を適用する。

第60条（訴訟要件の審理）

裁判所は、訴訟要件が満たされているかを職権で審理する。

③ 手続集中原則

スイス民訴法において手続原則の部分に規定されていないが、同時提出主義⁽²³⁾を採用し、手続集中化が目指されている（後述の通常手続の記載参照）。この原則は、訴訟促進もしくは少なくとも訴訟引延しの回避を目的としたものである。事実主張、証拠申出及び権利要求が著しく後れて提出されたときには、原則として訴訟においてそれらは考慮されないのである⁽²⁴⁾。

（2） 訴訟要件

スイス民訴法は、手続原則に続いて訴訟要件を規定している。訴訟要件は、裁判所が法的に係属した争訟事件に立ち入り、本案判決を下しうるために満たさなければならない条件とされている。スイス民訴法59条2項は、個々の訴訟要件を列挙しているが、すべてではない。同条で列挙されているのは、まず①権利保護の利益である。原告は、請求の判断に対して個人的かつ現実的利益を有しなければならず、かつそれを利用しうるものでなければならないのである。②土地管轄・事物管轄である。裁判所は、管轄権を有しなければ、本案判決が許されないからである。③当事者能力・訴訟能力である。すべての関係人にスイス民訴法66条（当事者能力）及び67条（訴訟能力）の意味で当事者能力及び訴訟能力がある場合にのみ、本案判決はなされうる。④二重起訴（新たな訴訟係属）は、同一訴訟物に関しては第二の訴えは係属しえないことを意味する。また、わが国通説とは異なり、⑤既判力の不存在が訴訟要件となる。既判力ある判断の矛盾抵触を回避するためである。最後に、⑥訴訟費用の予納及び担保提供が挙げられている。なお、訴訟要件の審査は、原則的に職権によって行われる（スイス民訴60条）。

(23) この原則に関しては、*Rafael Klingler*, Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, 2010など参照のこと。詳細は別稿にて紹介の予定。

(24) *Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler*, aaO., (Fn. 12), S. 132.

(関連条文試訳)

第 2 節 訴訟要件

第59条 原則

- 1 裁判所は、訴訟要件が満たされる限りで、訴えもしくは申請についての審理に入る。
- 2 訴訟要件は、とりわけ、次に掲げるものである。
 - a 訴えを提起した当事者又は申請した当事者が保護されるべき利益を有すること
 - b 裁判所が事物管轄及び土地管轄を有すること
 - c 当事者が当事者能力及び訴訟能力を有すること
 - d 事件がその他で係属していないこと
 - e 事件が既判力をもって判断されていないこと
 - f 訴訟費用の前払い及び担保の提供がなされていること

第60条 (訴訟要件の審理)

裁判所は、訴訟要件が満たされているかを職権で審査する。

第61条 (仲裁合意)

当事者が仲裁可能な訴訟事件について仲裁合意をしているとき、訴えられた国の裁判所は、その管轄権を認められない。ただし、次の場合を除く。

- a 被告が無条件に手続に応じている場合
- b 裁判所が、仲裁合意が明らかに無効であり、又は履行不能であることを確認する場合
- c 仲裁手続の被告が手続を取り下げなければならないことが明らかであるとの理由から仲裁裁判所を構成できなかった場合

(3) 訴え

1) 訴えの概念及び訴えの種類

訴えは、具体的事件において法を適用して判決をなす旨の裁判所への要求である。換言すれば、判決による権利保護の付与を裁判所へ求めることである⁽²⁵⁾。訴えにより、誰に対して権利保護が要求され、何が訴訟物かが確定されなければならない。訴えの種類について、スイス民訴法は、給付の訴え、形成の訴え、及び確認の訴えを規定している。

①給付の訴え

給付の訴えは、原告が被告に、一定の作為、不作為、又は受忍を求める訴え

(25) *Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler*, aaO., S. 159, S. 340.

である(スイス民訴84条1項)。給付の訴えにおいて、請求は特定されなければならない、特に金銭の支払いを求める訴えにおいては、債権の金額が明示されなければならない(同2項)。この特定は、認容判決の主文を示すために必要であり、とりわけ強制執行するために必要である⁽²⁶⁾。

金額の明示が不可能な場合、又は困難な場合には、金額を明示しない給付の訴えが認められる(スイス民訴85条)。分割可能な請求権については、その一部のみを訴求することが認められる(スイス民訴86条)。一部請求の結果、既判力は、訴求された部分についてのみ生じる、とされている⁽²⁷⁾。

②形成の訴え

原告は形成の訴えにより、一定の権利又は権利関係の創設、変更、又は取消しを求める(スイス民訴87条)。形成の訴えは、実体法において、当事者がその形成を裁判所に求めることができることが規定されている場合に提起することができる⁽²⁸⁾。形成の訴えの認容判決、すなわち形成判決によって直接権利関係は形成され、したがって執行は必要ではない。また、その効力(形成力)は、通常既判力が及ばないようなすべての者に対して及ぶ(対世効)⁽²⁹⁾。

③確認の訴え

確認の訴えは、原告が、ある権利又は権利関係の存在又は不存在について裁判所による確認を求める訴えである(スイス民訴88条)。確認の訴えは、法的状況の変更も執行力ある判決も求めるものではなく、給付の訴え又は形成の訴えに対して補充性を有するものである。確認訴訟に際しては、確認の利益の存在が問題となる。訴訟要件としての確認の利益は、個別事件においては、連邦裁判所によって発展した基準に基づき、職権で審査しなければならないが、事実関係が問題となる限りでは、原告がこれを立証しなければならない。

(関連条文試訳)

第1編 第6章

第84条 給付の訴え

(26) *Baker/McKenzie*, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), 2010, S. 365 (*Matthias Courvoisier*).

(27) *Baker/McKenzie*, aaO., (Fn. 26). S. 370, (*Matthias Courvoisier*).

(28) *Baker/McKenzie*, aaO., (Fn. 26). S. 374. (*Urs Schenker*).

(29) *Baker/McKenzie*, aaO., (Fn. 26). S. 375. (*Urs Schenker*).

- 1 原告は、給付の訴えによって、被告に一定の作為、不作為、又は受忍を命じる判決を求める。
- 2 金銭の支払いを求める場合には、その額を算定しなければならない。

第85条 額が算定されない債権についての訴え

- 1 原告が、その債権について訴訟の開始までに額を算定することが不可能であるか、又はそれが期待できない場合には、原告は、額が算定されない債権についての訴えを提起することができる。ただし、原告は、暫定的な訴額としてみなされる最低金額を申し立てなければならない。
- 2 原告が証拠手続の終了によって、又は被告による情報提供によって、算定が可能な状況になればすぐに、債権額はこれを算定しなければならない。

第86条 一部請求

請求権が分割可能である場合、その一部のみを訴求することができる。

第87条 形成の訴え

原告は、形成の訴えによって、ある権利又は権利関係の創設、変更、又は取消しを求める。

第88条 確認訴訟

原告は、確認の訴えによって、ある権利又は権利関係が存在し又は存在しない旨の裁判所による確認を求める。

2) 団体訴訟

団体訴訟は、集団的な利益の保護のための手段である。スイス民法89条によれば、特定の団体は、一定の要件の下、その名においてその人的集団の人格権侵害に基づいて訴えを提起することができる。他者の利益の保護のために団体に当事者適格を認める固有の種類の特権が問題となる⁽³⁰⁾。同条によって認められる団体訴訟は、その理由を人格権の侵害に限定され、団体が訴求することができる事項も限定的に列挙されている（スイス民法89条2項）。

団体訴訟の判決の既判力は、団体に対して及ぶのみであり、団体が行使した利益の主体には及ばない⁽³¹⁾。

(関連条文試訳)

(30) *Baker/McKenzie*, a, aaO., (Fn. 26), S. 383. (*Anne-Catherine Hahn*). スイス法における団体訴訟は長い伝統を有しており、最初に団体訴訟が認められたのは、1937年の特許無効訴訟（1937年11月23日連邦裁判所判決 BGE66 II 62, 63E. 3）。

(31) *Baker/McKenzie*, a, aaO., (Fn. 26), S. 386. (*Anne-Catherine Hahn*).

第89条 団体訴訟

- 1 全スイス又は地方的に意義を有する団体及びその他の機関で、その規約により特定の人的集団の利益の保持について権限を有するものは、自己の名においてその人的集団の構成員の人格権侵害に基づき訴えを提起することができる。
- 2 原告は、団体訴訟によって、次に掲げることを申し立てることができる。
 - a 急迫する侵害を差し止めること
 - b 現存する侵害を除去すること
 - c その違法性が継続するときは、侵害の違法性を確認すること
- 3 団体訴訟に関する他の法律上の規定は留保される。

3) 訴えの客観的併合

スイス民法90条によれば、同一の訴訟当事者に対する複数の請求を一つの訴訟で行うことができる⁽³²⁾。訴えの客観的併合を認める趣旨は、同一当事者に対する複数の訴訟物を可能な限り経済的に処理することである⁽³³⁾。客観的併合は、複数の訴訟物間で事実上の関連性に関わらず認められる。要件とされるのは、請求権の合計について事物管轄があること（スイス民訴90条a号）、及び同じ種類の手続が適用されること（同90条b号）である。

(関連条文試訳)

第90条 訴えの併合

原告は、次に掲げる場合に限り、同一当事者に対する複数の請求を一つの訴えにまとめることができる。

- a 同一の裁判所がそれらについて事物管轄を有し、かつ
- b 同一の種類の手続が適用できる場合

(4) 通常手続

スイス民法における通常手続（Ordentliches Verfahren）は、訴状、及び答弁書の提出から主要弁論期日に至る民事訴訟の一般的手続である。

1) 適用範囲

通常手続は、民事訴訟法の基本手続として適用され、他の手続が規定されていない場合に適用される手続である⁽³⁴⁾。すなわち、簡易手続等が適用されない場合に適用される。通常手続を適用することが明示的に要求されている場合

(32) 共同訴訟については、スイス民訴第1編第5章第3節70条以下（共同訴訟）および同第4節（参加）において規定されている。

(33) *Baker/McKenzie*, a, aaO., (Fn. 26), S. 387. (*Mark Livschitz*).

(34) *Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler*, aaO., (Fn. 12) S. 338.

には、たとえば次のような場合がある。まず、訴額が30,000スイスフラン以上の財産権上の訴訟であり（スイス民訴243条1項）、スイス民訴法243条2項に列挙された簡易手続が適用される事件ではない場合である。また、州法により規定される限りで（スイス民訴243条3項）、スイス民訴法5条及び8項に基づいて州の裁判所、もしくは同6条に基づいて商事裁判所が管轄権を有する場合等である。通常手続では弁論主義が適用され、かつ厳格な同時提出主義が適用される。

（関連条文試訳）

第2編 特別規定 第3章 通常手続 第1節 適用範囲

第219条

本章の規定は、通常手続に適用し、法律で別に定めない限り、他のすべての手続に準用する。

2) 手続の開始

通常手続においては、調停前置主義をとる関係で、手続の開始は、①調停手続における訴えの認可又は②直接の訴え提起による。

①訴訟要件としての訴え認可

調停手続の実施は、訴えの提起のための訴訟要件となる（スイス民訴59条）。そして、調停手続における訴えの認可（Klagebewilligung）により、三カ月の期間内に裁判所に訴えを提起することが認められる（スイス民訴209条3項）。この期間は法律によるものであり、延長できない（スイス民訴144条1項）。この期間の経過後は、訴えの認可は効力を失う。期間の停止（スイス民訴145条）は、訴えの認可について適用することができる。訴えが土地管轄又は事物管轄のない調停機関によって出された訴えの認可に基づいて提起された場合には、その訴えは、訴訟要件を欠く。そして、このことは裁判所が職権で調査するべきものである。訴えの却下又は開始しない旨の決定の後一カ月以内に管轄のある調停機関で調停の申立てがなされた場合は、訴訟係属は存続したままとなる。

②訴えの提起による手続の開始

通常手続は、また、訴えの提起により開始される（スイス民訴220条）。訴訟係属については、調停の申立てによって既に生じている。訴えが直接裁判所に提起された場合には、訴訟係属は、訴えの提起をもって生じる（スイス民訴62条）。

(関連条文試訳)

第4章 訴訟係属及び訴え却下の効果

第62条 訴訟係属の開始

- 1 調停の申立て、訴えの提起、共同の離婚請求の提出は、訴訟係属を基礎づける。
- 2 前項の申立て等の受理は当事者に通知される。

第63条 管轄違い及び手続方式の誤りがある場合の訴訟係属

- 1 管轄違いにより却下された申立て又は考慮されなかった申立ては、却下又は無考慮の決定以降一か月以内に、管轄権を有する調停機関又は裁判所に新たに提出されたときは、最初の申立て時を訴訟係属の時点とみなす。
- 2 訴えが正規の手続において提起されなかった場合も前項と同様とする。
- 3 SchGによる特別に法律上規定された訴えの期日は、なお留保する。

第64条 訴訟係属の効果

- 1 訴訟係属は、とりわけ、以下に掲げる効果を有する。
 - a 訴訟物は同一当事者間において他に訴訟係属は生じえない。
 - b 土地管轄が生じる
- 2 訴えの時点、訴えの提起又は他の手続の開始と関連する私法上の規定の遵守のために、訴訟係属は、この法律による。

第65条 訴え却下の効果

管轄権を有する裁判所の裁判を求めた場合に訴えを取り下げの者は、裁判所が訴状を被告にすでに送達し、かつ、被告が取下げに同意しない限り、同一当事者に対して同一の訴訟物をめぐって後訴を提起することはもはやできない。

第2節 書面交換及び主要弁論期日の準備

第220条 開始

通常手続は、訴えの提起により開始される。

3) 訴状・答弁書

① 訴状

訴状は、署名して書面により、又は特別な要件を満たす場合には電子的に裁判所へ送付することもできる(スイス民訴130条)。訴状に記載すべき事項については、スイス民訴法221条1項に列挙されている。

(関連条文試訳)

第221条 訴状

- 1 訴状には、次に掲げる事項を記載するものとする。
 - a 当事者、及び代理人がいる場合には代理人の表示

- b 法的要求
 - c 訴額の申告
 - d 事実の主張
 - e 主張された事実のための個別の証拠方法の表示
 - f 日付及び署名
- 2 訴状とともに、次に掲げるものを添付して提出されなければならない。
- a 代理がなされる場合の代理権の証明文書
 - b 場合によって訴えの認可又は調停手続が放棄されたことの説明文書
 - c 証拠方法として利用しようとする入手可能な文書
 - d 証拠方法の目録
- 3 訴状は、法的な理由を含むことができる。

②答弁書

訴状に対する被告による答弁書については、訴状に関する規定が準用される（スイス民訴222条2項）。答弁書に記載されるのは、大別すると以下のようなものである。まず、手続上の主張であり、例えば、訴訟要件（スイス民訴59条）を欠く旨の主張等である。次に、原告の法的要求に対する応答である。すなわち、請求の棄却を求めるか、それとも請求の全部又は一部を認諾するかである。事実主張に関しては、被告は、答弁書において、原告が主張する事実について、それぞれ認めるのか争うのかを明らかにしなければならない。争われない事実は、証拠手続を経ないで判決の基礎とされる⁽³⁵⁾。

答弁書の提出が懈怠される場合について、スイス民訴法は特別の規定を有している⁽³⁶⁾。答弁の懈怠の際には、裁判所は、被告に答弁書の提出のための短い猶予期間を定める（スイス民訴223条1項）。裁判所は、猶予期間を定めるとともに、懈怠の効果を被告に伝える（スイス民訴147条3項）。すなわち、答弁書が提出されない場合には、原告の主張は原則として争われないものとして判決の基礎とされる旨を伝えるのである。この猶予期間を経過したときは、裁判所は、答弁書なしに判決することになる。裁判所は、事件が判決するのに熟している限りで、主要弁論期日及び当事者の尋問をすることなく判決をする。その際、原告の主張する事実は争われないものとして判決の基礎とされる。

裁判所は、答弁を個々の争点、もしくは法的要求に制限することができる

(35) *Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler*, aaO., (Fn. 12) S. 350.

(36) 民事訴訟法の一般的規定によれば、特別の規定がある場合を除き、行為懈怠の際には、その懈怠された行為なしに手続は進行する（スイス民訴147条2項）。

(スイス民訴222条3項)。

また、被告は、主張される請求権が主たる訴えと同じ種類の手続で判決されるべき場合には、答弁において反訴を提起することができる(スイス民訴224条)。

(関連条文試訳)

第222条 答弁

- 1 裁判所は、被告に訴状を送達し、これと同時に、書面による答弁のための期間を定める。
- 2 答弁書については第221条を準用する。被告は、原告の事実の主張を個別に認めるか、争うかを説明しなければならない。
- 3 裁判所は、被告に対して、答弁を個別の争点もしくは法的要求に限定することを求めることができる(第125条)。
- 4 答弁書は、原告に送達される。

第223条 答弁の懈怠

- 1 裁判所は、答弁が懈怠される場合、被告に短期間の猶予を定める。
- 2 裁判所は、期間が経過したのちは、事件が判決のために熟している場合に限り、判決をする。その他の場合には、裁判所は、主要弁論期日への呼出しをする。

第224条 反訴

- 1 被告は、主張される請求が本訴と同じ種類の手続で判決されるべき場合には、答弁書において反訴を提起することができる。
- 2 反訴の訴額が本訴の裁判所の事物管轄を超過する場合、両訴訟は、より高額の事物管轄を有する裁判所へ移送されなければならない。
- 3 反訴が提起される場合、裁判所は、原告に対して、文書による応答のための期間を定める。反訴に対する反訴は認められない。

4) 2回目の書面交換とインストラクション手続

①答弁書の提出後の他の手続に関する訴訟指揮上の処分

答弁書の提出後、裁判所又は訴訟指揮を委ねられた裁判所構成員(スイス民訴124条2項)は、手続をさらに進行させるかどうか判断する。そこでは、訴訟指揮上の処分(スイス民訴124条1項)が重要な意義を有する⁽³⁷⁾。その際、以下のような処分可能性がある。まず、裁判所は、必要があれば、2回目の書面交

(37) スイス民訴124条1項によれば、裁判所は訴訟指揮を行い、訴訟指揮に必要な処分を行う。

換、すなわち、書面による再抗弁と再々抗弁を命じることができる（スイス民訴225条）。その際、答弁書は、原告に再抗弁の提出のために送達される。第二に、答弁書は、インストラクション手続（後述）への呼出しとともに又は現時点で呼び出された当事者への告知とともに、原告にさしあたり閲覧のために送達することができる（スイス民訴226条）。

インストラクション手続においては、裁判所は当事者に再抗弁と再々抗弁の機会を与える。しかし、また和解弁論もしくは証拠調べが制限され、場合によっては2回目の書面交換が行われうる。第三の可能性として、答弁書は、主要弁論期日への呼出し、又は現時点での呼び出されている当事者への告知と共に、原告に単なる告知のために送達されうる。

② 2 回目の書面交換

上記のように、第一の選択肢として2回目の書面交換があるが、これについての概要は、以下の通りである。

(イ) 2 回目の書面交換の内容

再抗弁および再々抗弁において、当事者は、第一に、それに先行する書面に対する立場を示すことができる。2回目の書面交換、すなわち文書による再抗弁及び再々抗弁においては、新たな事実および証拠方法（いわゆる *Noven*）を無制限に提出することができる。

(ロ) 2 回目の書面交換の意義

2回目の書面支援が基礎づけられるのは、例えば、以下の場合には、さらなる態度決定の必要性が存在するからである。すなわち、(i) 複雑な事案において、1回目の書面交換の後でなお事実関係が不明確な場合、(ii) 答弁書において広範で重要な新しい事実および証拠方法、もしくは相殺の抗弁が提出され、原告が文書で態度決定することがより意味を持つ場合である。

(ハ) 2 回目の書面交換の実施

再抗弁及び再々抗弁を行うための期間は、裁判上の期間であり、延長することができる（スイス民訴144条2項）⁽³⁸⁾。再抗弁及び再々抗弁が提出されなかつ

(38) 民事訴訟法における期間は、法律上の期間と裁判所のための期間があり、法律上の期間は延長させることができない（スイス民訴144条1項）。裁判所のための期間は、一定の理由がある場合には延長されうる（同2項）。

た場合には、手続は、提出されなかった主張なしに進められる。猶予期間は、ここでは定められない。

再々抗弁は、原告に対して、単なる告知のために送達される。再抗弁権に基づき、原告は、抗弁に応え、新たな主張をすることができる。争われるのは、原告がスイス民訴法229条1項に基づき遅滞なく申し立てるべきかであるが、原告は、それらを10日以内に、すなわち主張弁論期日の前に裁判所に新たな主張及び証拠の提出をしなければならない⁽³⁹⁾。再々抗弁に対してなす応答として新たな事実及び証拠を提出すべきときは、これらは10日以内に提出されなければならないのである。

再抗弁及び再々抗弁の不提出は、当該抗弁の放棄とみなされる。当事者には、明示して放棄するか、不提出によって放棄するかは自由である⁽⁴⁰⁾。原告が再抗弁を放棄した場合、再々抗弁も行われぬ。これとは、2回目の発言の権利と矛盾しない。被告は、いかなる場合でも、再々抗弁によって新たな主張と証拠を提出することができるということを当てにすることはできない。防御方法を提出しないで再々抗弁のために残しておくことは、被告にとってのリスクとなる。

(関連条文試訳)

第225条 2回目の書面交換

裁判所は、状況により必要であれば、2回目の書面交換を命じることができる。

③インストラクション手続

2つ目の選択肢としてインストラクション手続があるが、この手続の概要は、以下の通りである。

(イ) 裁判所の裁量によるインストラクション手続の開始

スイス民訴法は、裁判所に、個々の事案の具体的な状況から判断して、インストラクション手続の開始の判断につき広い裁量を認めている。

(ロ) インストラクション手続の目的

インストラクション手続は、部分的には2回目の書面交換と似た機能を有しているが、それ以外にもこの手続において以下の手続行為をなすことができる⁽⁴¹⁾。

(39) *Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler*, aaO., (Fn. 12) S. 357.

(40) *Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler*, aaO., (Fn. 12) S. 358.

まず、インストラクション手続において、裁判所は、訴訟物について当事者と自由に討論することができ（スイス民訴226条2項）、裁判所の釈明義務という意味で発問がなされる（スイス民訴56条）。しかし、訴訟物についての討論は、主張されていない事実について当事者に対して非公式な尋問をなすことはできず、ここでは弁論主義が妥当し、裁判所の釈明義務は相応に制限される。

次に、裁判所は、当事者に、インストラクション手続の枠内で、再抗弁及び再々抗弁を口頭でするように要求することができる。その際、当事者は、制限なく新たな事実及び証拠方法を提出することができる。

さらに、スイス民訴法124条3項によれば、裁判所は、いつでも当事者間での和解を勧誘することができる。和解弁論を口頭で行う場合、それは、インストラクション手続の弁論の枠内で行われる。裁判所又は訴訟指揮を委任された裁判所構成員は、当事者に対して、仮の判断に基づいて、必要な慎重さをもって、訴訟の見込みと危険を説明することができる。裁判所が、インストラクション手続でもっぱら和解弁論をし、和解弁論の一部において当事者に文書で再抗弁及び再々抗弁の機会を与えようとする場合、そのことはあらかじめ当事者に知らされなければならない。これによって、当事者は、和解弁論の準備をすることができ、インストラクション手続において口頭で再抗弁及び再々抗弁を提出することを考慮しなくてよいことを認識する。

また、インストラクション手続は、手続を合意の上で特定の点に制限し、証拠提出の取り決めをなすことにより、主要弁論期日の準備に役立つ。この関連で、合意によって、鑑定を命じ、鑑定人を特定し、又は申し立てられた多くの証人から特定の証人を選択することができる。

最後に、スイス民訴法155条1項に基づく相応の権限の委譲に際して、一人の裁判官もしくはインストラクション裁判官は、インストラクション手続および1回目の書面交換の後に、証拠調べをなしうる（スイス民訴226条3項）。ここでは特に、証人尋問、当事者尋問、そして証拠の陳述ならびに検証がありうる。

(ハ) インストラクション手続の実施時期

裁判所は、法律の文言によれば、いつでもインストラクション手続を行うことができる（スイス民訴226条1項）。これは、裁判所がいつでも当事者間の和

(41) *Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler*, aaO., (Fn. 12) S. 358.

解を勧試できるとする規定（スイス民訴124条3項）と一致する。証拠調べについても、インストラクション手続はいつでも、すなわち判決審議までは可能である。

(二) インストラクション手続への関与

スイス民訴法124条1項によれば、裁判所がインストラクション手続を迫行する。合議体裁判所が訴訟指揮を構成員、すなわち係官やインストラクション裁判官に委託したとき（スイス民訴124条2項）、これらの者が通常、インストラクション手続を迫行する。しかし、その他の裁判所構成員の関与はいつでも可能である。商事裁判所においては、専門知識の観点から、通常専門裁判官がインストラクション手続に関与することが合目的的である⁽⁴²⁾。調書については、裁判所書記官がインストラクション手続に関与する。当事者の側からは、当事者の代理人が手続に関与する。和解審理においては、当事者が代理人とならんで召喚されることが意味をもつ。裁判所は、代理された当事者自らの出席を求めることができる（スイス民訴68条4項）。

(ホ) 調書

インストラクション手続について、和解の弁論が行われた場合を除き、調書が作成される（スイス民訴235条）。和解調査には、当事者により署名がなされなければならない（スイス民訴241条1項）。

(関連条文試訳)

第226条 インストラクション手続

- 1 裁判所は、いつでもインストラクション手続を実施することができる。
- 2 インストラクション手続は、訴訟物についての自由な討論、事実関係の補充、和解の試み、及び主要弁論期日の準備のために用いられる。
- 3 裁判所は、証拠を採用することができる。

④ 2 回目の書面交換もしくはインストラクション手続を伴わない主要弁論期日への呼出し

最後の選択肢として、きわめて簡素な事案においては、裁判所は、当事者に対して、答弁書の提出の後に、直接主要弁論期日へ呼び出すことができる。このような場合においては、当事者は、主要弁論期日の開始までに再抗弁及び

(42) *Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler*, aaO., (Fn. 12) S. 360.

再々抗弁を提出し、無制限に新たな事実および証拠を申し立てる権利を有する（スイス民訴229条2項）。

5) 同時提出主義

スイス民訴法においては、当事者による申立ては適切な訴訟における段階で提出されなければならない、それ以降はもはや提出することができない、という同時提出主義が採用されている⁽⁴³⁾。この原則に基づき、当事者が一定の時点までに法的要求又は新たな事実及び証拠方法を申し出ることができる旨が決定される。この際、訴訟経済と真実発見という二つの相反する価値が考慮されているのである。

立法過程において、民事訴訟法において新たな事実及び証拠方法の許容性を規定するかどうか最後まで争われたが、その結果、以下のように規定された⁽⁴⁴⁾。

① Aktenschluss（新たな証事実及び証拠方法の提出の終了）

当事者は、訴訟において、2回無制限に事実及び証拠を申し立てる権利を有する⁽⁴⁵⁾。2回目の書面交換の枠内でも再抗弁及び再々抗弁の後、インストラクション手続における口頭での再抗弁及び再々抗弁、もしくは（直接の召喚の場合には）主要弁論期日の開始時に、なお制限的にのみ新たな事実及び証拠方法を申し立てることができる。このことから、これらの時点の後には、基本的なAktenschluss（新たな証事実及び証拠方法の提出の終了）が存在するといえる。スイス民訴法229条は、法律上の文言から読み取れるように、新たな事実及び証拠方法の申立てを、主要弁論期日ではなく、訴訟におけるこの段階ですでに制限する旨規定する。これをまとめると以下のようになる⁽⁴⁶⁾。

(i) 裁判所が2回目の書面交換を命じた場合、再々抗弁の提出によってAktenschlussが生じ、その後は、もはや無制限に新たな事実および証拠方法を申し立てることができない。

(ii) 2回目の書面交換の後（主要弁論期日の前）にインストラクション手

(43) *Baker/McKenzie*, aaO., (Fn. 26), S. 861. (*Michael Widmer*).

(44) 最初の草案では、新たな事実及び証拠方法は、主要弁論期日まで申し立てることができることとされていた。（民事訴訟法草案225条）。

(45) 連邦裁判所判決2014年6月19日 BGE140 III 312.

(46) *Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler*, aaO., (Fn. 12) S. 362.

続が行われる場合、この時点において、もはや無制限に新たな事実及び証拠方法を申し立てることができない。これは、スイス民訴法229条1項の紛らわしい表現（「nach letzten Instuktionsverhandlung:最後のインストラクション手続の後」）から、Aktenschlussがインストラクション手続の後に生じらざらうと、読み取れるかもしれないが、やはり無制限には新たな事実及び証拠方法を申し立てることはできない。同じことが、さらなるインストラクション手続が行われ、もしくは主要弁論期日の後に行われた場合にも妥当する。

(iii) 再抗弁及び再々抗弁のないインストラクション手続が行われた後に2回目の書面交換が命じられた場合、そこでは、無制限に新たな事実および証拠方法を申し立てることができる。

(iv) 裁判所が当事者に、再抗弁及び再々抗弁を行うインストラクション手続の機会を与えた場合には、さらなる文書の提出によって、もしくは主要弁論手続において、もはや無制限に新たな事実及び証拠方法を申し立てることができない。

(v) 当事者が2回目の書面交換もしくはインストラクション手続なしに直接主要弁論手続に呼び出された場合、当事者は、スイス民訴法229条2項に基づき、主要弁論手続の開始時に新たな事実及び証拠方法を無制限に申し立てる機会を有する。このことは、当事者が新たな事実及び証拠方法の申立てをスイス民訴法228条により、最初の当事者陳述において申し立てることができることを意味する。そこでAktenschlussが生じる。当事者は、一般規定に基づいて2回のみ無制限に新たな事実及び証拠方法を申し立てることから、新たな事実及び証拠方法の提出は、スイス民訴法228条2項においておよそ紛らわしく「再抗弁」および「再々抗弁」と表示されている最初の申立てへの返答においてのみなお制限される。すなわち、新たな事実及び証拠方法の提出はスイス民訴法229条1項の要件の下でのみ許されるのである。

(vi) 裁判所が当事者に裁判所の釈明義務の意味において質問をした場合（スイス民訴56条）、その答えにおいて申し立てられた新たな事実及び証拠方法の提出は、Aktenschlussまでは無制限に考慮される。その後は、その返答は、すでに申し立てられた事実の解明のためにのみ機能する。

(vii) 再抗弁権に基づき、当事者はたしかに新たな抗弁への態度決定を伴って返答することができる。しかし、再抗弁権は、無制限に新たな事実及び証拠方法を申し立てる権利を与えるものではない。Aktenschlussの後は、再抗弁権に基づく態度決定においても、新たな事実および証拠方法の申立ては、スイ

ス民訴法229条1項の要件の下でのみ認められるに過ぎない。

(viii) 原告が再抗弁権を放棄した場合、被告は2回目の態度決定に関する権利に基づいて、答弁書の後に直接なお再々抗弁を行うことができるかが問題となる。このことは、否定されると解されている。なぜなら、再々抗弁は、たとえ新たな事実及び証拠方法の申立てが認められる場合であっても、再抗弁への最初の応答だからである。答弁書において故意に重要な主張を、再々抗弁で立てるために留保した一方当事者は、信義誠実義務（スイス民訴52条）に基づき保護されない。

(ix) Aktenschluss の後であっても自白は可能である。すなわち、一方当事者が、Aktenschluss の後に、相手方当事者の事実主張を認めることができる。

②時機に後れた新たな事実及び証拠方法を申し立てることができる要件

当事者が訴訟において Aktenschluss の後に新たな事実及び証拠方法を申し立てようとする場合、それは以下のような要件の下でのみ認められる。すなわち、(1) Aktenschluss の後にはじめて生じた事実及び証拠方法（真正の Noven）は、何の問題なく申し立てることができる（スイス民訴229条1項a）。また、(2) すでに Aktenschluss の前に存在した新たな事実および証拠方法（不真正な Noven）は、それが軽過失によりその前に申し立てることができなかった場合には、訴訟において採用され得る。(3) 当事者が真正および不真正 Noven を Aktenschluss の後に申し立てようとする場合、スイス民訴法229条1項に基づき遅滞なくこれをしなければならない。スイス民訴法は、これをどのように解釈するかを実務に委ねている。しかし、「遅滞なく」とは、次のような意味であると解されている。すなわち、当事者は新たな事実および証拠方法を原則として、実務において Noven の提出と呼ばれている提出とともに、行わなければならないのである。そして、Noven の提出は、遅滞なくならなければならない。Noven の提出は、通常、Noven の発見から遅くとも10日以内になさなければならないことが要求されている。

スイス民訴法229条は、遅くともどの時点までに（弁論主義の妥当する）通常手続において、適法に新たな事実及び証拠方法が申し立てられ得るかを規定していない。しかし、それは、判決審議までに新たな事実及び証拠方法が知らされた場合には、裁判所によりなお考慮されなければならないことを出発点とするべきである、とされている⁽⁴⁷⁾。このことは、真正な Noven にも不真正の

Noven にも妥当する。判決審議は、通常、主要弁論期日もしくは書面による終了の申立ての提出に続いて行われる。

職権探知主義が妥当する場合には、裁判所は、判決の審理まで新たな事実及び証拠方法の提出を考慮することができる（スイス民訴229条3項）。立法資料によれば、時機に後れた新たな事実及び証拠方法の申立ては、職権探知主義が妥当する場合であっても、スイス民訴法108条に基づく費用負担義務という形でサンクションが与えられる⁽⁴⁸⁾。

③ 訴えの変更

(イ) 訴えの変更の定義

訴えの変更により、訴訟物の変更が許される⁽⁴⁹⁾。これは、法的要求もしくは生活関係の変更を意味する。

訴えの変更は、同時提出主義に反し、無制限に許容すると相当の訴訟の遅滞をもたらし、また、相手方当事者の立場は、訴えの変更によって相当に困難なものとなりうる。このことは、訴訟は、訴訟物が一度確定すると、原則としてこれを基礎として進行することを示している。それにもかかわらず、訴えの変更は一定の範囲内で許容されなければならない。それは、事実関係のさらなる発展が考慮されうる場合で訴えが申し立てられた理由をもはや基礎とせず、実質的な真実とはもはや一致しないような場合である⁽⁵⁰⁾。法的要求の制限はいつでも可能である（スイス民訴227条3項）。

(ロ) 調停手続における訴えの変更

スイス民訴法202条によれば、調停の申立てにおいては、他のものと並んで、生活事実関係の簡潔な記述として意味での法的要求と訴訟物が示されなければならない。それによって、訴えが係属することになる（スイス民訴62条）。しかし、当事者は、係争物を調停手続において自由に検討し、場合によっては他のものに変更する可能性を有するべきである。加えて、代理人がいない当事者は、調停機関で、部分的に法的要求の形式化を補助される。このことから、訴

(47) *Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler*, aaO., (Fn. 12) S. 364.

(48) *Botschaft*, aaO., (Fn. 1), S. 7341.

(49) *Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler*, aaO., (Fn. 12) S. 365

(50) 草案によれば、訴えの変更は、主要弁論期日における最初の当事者弁論まで可能であるとされた（民事訴訟法草案226条1項）。

訟物は調停手続の終わり、すなわち訴えの認可において、これが確定的に定義されるといのが首尾一貫している（スイス民訴209条2項b）。訴えの変更に関するスイス民訴法227条は、たしかに調停手続に準用的にのみ適用可能である。しかし、訴えが裁判所の手続において変更可能である場合には、なおのこと調停手続にも妥当する。変更された訴えの部分の訴訟係属は、調停手続の申立てに遡って生じるのではなく、調停手続の進行における変更により生じる。したがって、訴えの変更された部分について、訴えのための期間はまずその時点において遵守される。また、時効はこの時点で中断する。原告がたとえばさしあたり遺言の無効宣言を申し立て、調停手続の進行において遺贈の減額に変更するとき、訴えの変更された部分についてはこの時点ではじめて係属することになる。

(ハ) Aktenschluss 前の訴えの変更

訴えの変更は、訴えにおいて、口頭又は文書による再抗弁において、主張弁論期日の始めに申し立てることができる。この訴訟段階、すなわち Aktenschluss が生じる前では、以下のような場合に、訴えの変更が可能である（スイス民訴227条1項）。すなわち（1）変更された請求又は新しい請求が同じ手続において判断される場合で、（2）変更された請求又は新しい請求が、それまでの請求と事実上の関連性を有し、又は相手方当事者が認めるときである。新たな、又は変更された法的要求は、同じ生活関係に依拠する場合一つの事実上の関係性を有する。新たな訴えの要素が主張される場合も、「近接する生活関係」が問題となる場合に、それまでの請求と関連性があるといえる。同じ生活関係といえるが、請求がある請求の法律上の基礎に基づく請求とは別に基礎づけられる場合には、訴えの変更は存在しないことになる。

変更された訴えの訴額が裁判所の事物管轄を超える場合、これは、訴訟をより高額の事物管轄を有する裁判所へ移送しなければならない（スイス民訴227条2項）。調停は、訴えの変更された部分については必要的でない。

(ニ) Aktenschluss 後の訴えの変更

Aktenschluss 後の訴えの変更については、Aktenschluss 前の訴えの変更よりも制限的な要件が適用される（スイス民訴230条）。訴えは、Aktenschluss 後は、以下の場合にのみお許される。すなわち、（1）Aktenschluss 前の訴えの変更の要件（スイス民訴227条1項）を満たし、かつ（2）新たな事実及び証拠方

法に基づく場合である。

法的要求の制限は、この段階でも許される（スイス民訴230条および227条3項）。適法な訴えの変更に際して、変更された請求の訴額が裁判所の事物管轄を超えている場合、訴訟は、より高額的事物管轄を有する裁判所へ移送される（スイス民訴230条および227条2項）。

（関連条文試訳）

第227条 訴えの変更

- 1 変更される請求又は新たな請求が、同じ種類の手続により判決されるべき場合で、かつ次に掲げる場合には、訴えの変更が許される。
 - a 従来の請求と事実上の関連性を有する場合
 - b 相手方当事者が同意する場合
- 2 変更された請求の訴額が裁判所の事物管轄を超過する場合、より高額な事物管轄を有する裁判所の訴訟へ移送されなければならない。
- 3 請求の制限は、いつでも許される。その場合も訴えを提起された裁判所はなお管轄権を有する。

6) 主要弁論期日

①主要弁論期日の目的

主要弁論期日では、判決裁判所における当事者の意見の口頭陳述、および（証拠調べがすでにインストラクション手続において行われていない限りで）証拠調べが行われる。

②主要弁論期日の過程

（イ）最初の当事者陳述

当事者が、1回の書面による又は口頭による再抗弁および再々抗弁の提出後、すなわち、Aktenschlussの発生の後、主要弁論期日に呼び出された場合、最初の当事者陳述は大きな意義を有しない。この陳述は、申立てを簡明に述べることであり、場合によってはその変更（スイス民訴230条）もしくは制限（スイス民訴227条3項）を述べることである。

証拠調べの結果および法的討論への態度決定は、最終弁論陳述に留保され、原則として最初の当事者陳述には含まれない（スイス民訴232条1項）。当事者が最初の当事者陳述で法規定を指摘する場合は、それで足りる。

スイス民訴法228条2項によれば、裁判所は、最初の当事者陳述の枠内で、再抗弁及び再々抗弁の提出の機会を当事者に与える。しかし、そこでは、相手

方の最初の陳述に対する態度決定のみを意味し、無制限に事実および証拠方法を申し立てられる 2 回目の機会という意味での再抗弁及び再々抗弁の提出を意味するのではない⁽⁵¹⁾。

二回目の書面交換および再抗弁及び再々抗弁を伴うインストラクション手続なしに、すなわち *Aktenschluss* 前に、当事者が直接主張弁論期日に呼び出された場合、スイス民訴法 229 条 2 項により、当事者は、最初の当事者陳述でなお新たな事実及び証拠方法を無制限に申し立てる権利を有する。このような場合、最初の当事者陳述は重要な意義を有することになり、そこで当事者は再抗弁及び再々抗弁を行うことになる。当事者が主要弁論期日において主に新たな事実及び証拠方法を申し立てる場合、このことから、相手方当事者がそれに対する固有の主張及び証拠方法により応答するための期間を確保する必要があることから、主要弁論期日は停止されなければならない。

(ロ) 証拠調べ

最初の当事者陳述の後、裁判所は証拠調べに入る。その手続は、次の点において準備されなければならない。証人および当事者が証拠の処分（スイス民訴 154 条）又は当事者の合意に基づいて主要弁論期日に呼び出されるように、また鑑定はこの期日に届けられるように準備されなければならない。しかし、証人及び当事者の尋問が命じられ、これらの者が呼び出され、又は、この時点ではじめて鑑定が終了した場合、主要弁論期日も停止されなければならない。

(ハ) 最終弁論陳述

最終弁論陳述において、当事者は、すべての証拠方法に対する一般的評価、および、そこから導かれる法的効果を弁論する機会を有する。当事者は、終結した主張段階ならびに証拠調べ後に、それに続く判決審議の前に、自己の立場を裁判所に納得させるようにするのである。結局、裁判所は、当事者に第二の陳述の機会を与えることになる。

当事者は、その最終弁論陳述を口頭で行うか、裁判所に文書で提出するかを選択する（スイス民訴 232 条 2 項）。口頭による最終弁論陳述の放棄は、両当事者の申立てを要件とする。文書による弁論陳述のために、裁判所は、両当事者のために並行してそれぞれにそのための期間を設定する。原則として、当事者

(51) *Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler*, aaO., (Fn. 12) S. 368.

は、文書においても最終弁論を二度陳述する権利を有するのである⁽⁵²⁾

③主要弁論期日の放棄

当事者は、共同して、主要弁論期日の実施を放棄することができる（スイス民訴233条）。このことは、たとえば、費用上の理由、手続の迅速化のため、又は証拠が調べられなかった場合等に行われる。裁判所は、この放棄に拘束される（スイス民訴296条の場合を除く）。当事者は、また主要弁論期日の一部を放棄することもできる。

④当事者の欠席

一方当事者、又は両当事者が主要弁論期日に欠席する場合については、スイス民訴法234条がその効果を規定している。当事者の欠席は、訴訟の遅滞をもたらすものとみなされる。民訴法は、一方当事者が不出頭の場合と両当事者が不出頭の場合を区別する。

(イ) 一方当事者の欠席

一方当事者の欠席の場合、裁判所は、当事者の出席なしに又は欠席した当事者の陳述なしに手続を進行させ、法律に応じて提出された両当事者の申立て、および出席した当事者の口頭での陳述を考慮する（スイス民訴234条1項）。これまでの当事者の陳述にもとづき、主張された事実及び重要な事実が争われた場合には、これについて証拠調べがなされることになる。それゆえ、一方当事者のみの欠席の場合には、実質的に裁判がなされるのである。裁判所は、当事者の呼び出しにおいて、欠席の結果への注意を喚起する（スイス民訴147条3項）。裁判所が、この注意喚起をしなかった場合には、スイス民訴法234条において規定された効果は生じない。

(ロ) 両当事者の欠席

主要弁論期日への両当事者の欠席の場合、手続は対象を失ったものとして取り消される（スイス民訴234条2項、同242条）。この取消しは、既判力を伴わない。当事者は、この場合、手続手数料をそれぞれ半分ずつ支払う。この手続の終了には、既判力ある判決の効力は生じない⁽⁵³⁾。

(52) Botschaft, aaO., (Fn. 1), S. 7342.

(関連条文試訳)

第3節 主要弁論期日

第228条 最初の当事者弁論

- 1 当事者は、主張弁論期日の開始後、その申立てをなし、理由づけを行う。
- 2 裁判所は、当事者に再抗弁及び再々抗弁の提出の機会を与える。

第229条 新たな事実及び証拠方法

- 1 主要弁論期日において、新たな事実及び証拠方法は、それが遅滞なく申し立てられ、かつ次に掲げる場合にのみ、なお考慮される。
 - a 書面交換の終了後、又は最後のインストラクション手続後にはじめて生じた場合 (真正 Noven)
 - b 書面交換の終了前、又は最後のインストラクション手続の前にすでに生じていたが、期待可能な注意にもかかわらずあらかじめ申し立てることができなかった場合 (不真正 Noven)
- 2 2回目の書面交換もインストラクション手続も行われていない場合、新たな事実及び証拠方法は、主要弁論期日の開始まで無制限に申し立てられることができる。
- 3 裁判所が職権で事実関係を明らかにするべき場合には、新たな事実及び証拠方法は、判決審議まで考慮される。

第230条 訴えの変更

- 1 訴えの変更は、主要弁論期日においては、次に掲げる場合にのみなお許される。
 - a 第227条による諸要件を満たす場合
 - b 新たな事実及び証拠方法に基づく場合
- 2 第227条第2項及び第3項は、これを適用する。

第231条 証拠調べ

裁判所は、当事者の弁論の後、証拠調べを行う。

第232条 最終弁論陳述

- 1 当事者は、証拠調べの終了の後、証拠調べの結果及び事件について意見を述べることができる。原告が最初に弁論する。裁判所は、2度目の陳述の機会を与える。
- 2 当事者は、共同して口頭による最終弁論陳述を放棄することができ、かつ、書面による当事者陳述を申し立てることができる。裁判所は、そのための期間を定める。

第234条 主要弁論期日の欠席

(53) *Baker/McKenzie*, aaO., (Fn. 26), S. 874. (*Michael Widmer*).

- 1 裁判所は、一方当事者が欠席する場合、この法律に従い提出される陳述書を考慮する。裁判所は、その他の場合には、第153条の留保の下、書面及び出席した当事者の陳述を判決の基礎とすることができる。
- 2 両当事者が欠席する場合、手続は対象を喪失したものと取り消される。裁判所費用は、当事者に2分の1ずつ負担させる。

7) 調書

通常手続において作成される調書は、主に手続調書と証拠調べに関する調書である。

①手続調書

裁判所は、手続について調書を作成する。すなわち、インストラクション手続と主要弁論期日についてである（スイス民訴235条）。

②証拠調べについての調書

証拠調べについての調書は、特別な規定によって、個別の証拠方法のために作成される（スイス民訴176条、182条、187条2項および193条）。

③手続調書の対象

調書は、手続の形式的な進行および本質的な経過を完全に記録するものであり⁽⁵⁴⁾、特に手続の場所及び時間、裁判所のメンバー、出席した当事者および場合によっては代理人を記録する。特別な意義を有するのが、当事者の申立ておよび裁判所の処分⁽⁵⁵⁾の記録である。

事実的な観点における当事者の陳述は、本質的な内容の後に、それが特に当事者の申立てにおいてファイルに含まれている限りで、記録される。記録されるべきなのは、とくに、手続において当事者から申し立てられた新たな事実および証拠方法である。これらは、とりわけ当事者が主要弁論期日への直接の呼び出しの場合に最初の当事者陳述において無制限に新たな事実及び証拠方法の主張することができる場合に、意義を有する。

和解審理の内容は、調書に記録されない⁽⁵⁵⁾。インストラクション手続では、当事者が裁判所に命じられた再抗弁と再々抗弁をなした部分を記録し、他方、和解審理においては、それが行われたことのみが記録される。これについて、

(54) Botschaft ZPO, aaO., (Fn. 1), S. 7342.

(55) Botschaft ZPO, aaO., (Fn. 1), S. 7343.

和解は、文言通り記録され、追加的に当事者により署名される（スイス民訴241条）。

⑤ 手続調書の形式

調書は、書式にしたがって作成される。また、手続は、追加的に補助手段と、特に音声記録媒体により記録することができる（スイス民訴235条2項）。音声による記録は、文書の調書に置き換えることはできず、それは調書の作成を補助するものでしかない。

⑥ 調書の訂正

当事者は、調書の訂正を要求することができる。調書訂正の申立ては、遅滞なく申し立てられなければならない。この遅滞は、信義則に反すると解される⁽⁵⁶⁾。調書の訂正は、裁判所によってもなされる。調書の不正確さは、調書作成者のメモ、技術的な記録、裁判所の記録から明らかにされる。裁判所は、このような要求について訴訟上の処分（スイス民訴235条3項）の形式で判断する⁽⁵⁷⁾。

（関連条文試訳）

第4節 調書

第235条

- 1 裁判所は、すべての手続について調書を作成する。これは、とりわけ次に掲げるものを含む。
 - a 手続の日付及び場所
 - b 裁判所の構成
 - c 当事者及びその代理人の出席
 - d 当事者の法的要求、申立て、及び訴訟上の意思表示
 - e 裁判所の処分
 - f 証書を作成した者の署名
- 2 事実に関する性質の叙述は、それが当事者の書面に含まれない限りで、本質的内容の後に記録される。それは、補助的に、音声ファイル、ビデオ、もしくはその他の適切な技術的補助手段を用いて記録されることができる。
- 3 裁判所は、調書の補正の申立てについて裁判する。

(56) *Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler*, aaO., (Fn. 12) S. 372.

(57) *Botschaft ZPO*, aaO., (Fn. 1), S. 7343.

7) 判決

①終局判決

通常手続は、判決 (Entscheid) によって終了する (スイス民訴236条)。スイス民訴法は、Entscheidという概念のみを規定しており、UrteilもしくはBeschlussは規定されていない⁽⁵⁸⁾。合議制裁判所は、多数決により判決する (スイス民訴236条2項)。

終局判決の2つの種類がある。1つ目は本案判決である。本案判決では、本案について、すなわち訴えられた請求について判断される。このような本案判決は、既判力を有する。2つ目に、終局判決は、訴訟判決の場合がある。訴訟判決では、本案には立ち入らない。訴訟要件を欠くからである。このような判決は、(本案との関係では) 既判力を有しないとされる。

終局判決としては、一部判決もある。それは、共同で提起された訴えもしくは訴えが一つの訴訟に分けられた場合に生じる。民訴法は、一部判決を明文で規定していない。なぜなら、それは、終局判決としてみなされるからである。

勝訴した当事者の申立てに基づき、裁判所は、本案判決に執行措置を命じることができる (スイス民訴236条3項)。それは、たとえば対象物の引渡しのための期間を定め、不遵守の場合に強制的な没収のための警察への依頼と結びついたものである。これは、執行を迅速にするものである。なぜなら、固有の執行手続がもはや必要でないからである⁽⁵⁹⁾。勝訴当事者は、敗訴当事者が判決の命令を履行しない場合は、むしろスイス民訴法337条による直接執行を要求する⁽⁶⁰⁾。

②中間判決

裁判所は、異なる上級審の判決によって終局判決が導かれ、それゆえ相当の時間と費用を節約できるときは、中間判決をなしうる (スイス民訴237条)。中間判決には2つの種類がある。まず、訴訟要件に関連する中間判決である。裁判所は、たとえば、場所もしくは事物管轄もしくは確認の利益を肯定し、それにより訴えを開始することができる。また、本案判決の一部としての中間判決

(58) なお、Entscheidの定義は、法律上は規定されていない。

(59) Botschaft ZPO, aaO., (Fn. 1), S. 7343.

(60) スイス民訴337条によれば、判決裁判所が具体的な執行処分を命じている場合には、(第236条3項)、判決は直接執行される。本条の内容については、本稿において後述。

がある。それは、たとえば、債権の時効を否定する場合である。

両方の場合において、上級審は異なった判断（管轄の肯定など）により、即座に判決を導くことができる。これによって相応の時間と費用を節約することができる。なぜなら、その他の問題はもはや生じないし、他の証拠手続はもはや必要ないからである。

③判決の内容

スイス民法は、終局判決もしくは中間判決について、以下のような記載内容を規定する（スイス民法238条）。すなわち、（1）裁判所の表示及び構成、（2）判決の場所及び日付、（3）当事者及びその代理人の表示、（4）主文、（5）判決を伝えるべき人物及び機関の表示、（6）当事者が上訴を放棄していない限りで、上訴の教示、（7）場合によっては判決の理由、及び（8）裁判所の署名、である。

④理由の開示

裁判所は、主要弁論期日において口頭での短い理由と共に、書面による主文の交付によって、又は当事者への主文の送達によって、書面による理由を付さない判決を開示することができる（スイス民法239条1項）。スイス民法は、書面による理由を付さない判決を規定している。この判決には、スイス民法238条で規定されたすべての事項を含まなければならない。すなわち、そのような判決においては単にスイス民法238条gにおいて挙げられた理由を欠く。それによって、完全に明確な法律上の文言に基づいて受け入れられるように、主文が交付され、もしくは送達されるのみではない。その際に、明白なのは、理由を付さない判決も法的要求を含まなければならないことについて判断されることである。加えて、相殺の判断は確定されなければならない。なぜなら、これについて既判力をもって判断されなければならないからである。

書面による理由づけは、当事者が開示後10日以内にこれを要求した場合、後に交付されなければならない（スイス民法239条2項）。第一審の、書面の理由なく開示された判決は、当事者が明確に要求するときは、その際に理由づけられる⁽⁶¹⁾。理由が要求されないとき、これは、それは単に理由づけの放棄とみ

(61) 文書による理由付けの目的は、以下の2つとされる。すなわち、第一に、当事者は、裁判所のどのような考えによって勝訴したか、もしくは敗訴したかという理由を把握することができる。その理由は、当事者に、判決を受け

なされるのみならず、上訴もしくは抗告による判決の取消しの放棄とみなされる。

スイス民訴法239条1項は、任意規定である。このことから、裁判所は、初めから理由を付して判決を開示することができる。このことは、以下の場合に意義を持つ。すなわち、当事者がすぐに、裁判所の考慮から知っているべきであり問題又は重要な問題について初めて判断する場合である。手続は、即時に理由の送達をすることにより迅速化しうる。

(関連条文試訳)

第5節 判決

第236条 終局判決

- 1 手続が判決のために熟したとき、本案判決、又は訴訟判決により手続は終結する。
- 2 裁判所は、多数決の判断により判決する。
- 3 裁判所は、勝訴当事者の申立てに基づき、執行措置を命じる。

第237条 中間判決

- 1 裁判所は、異なる上級審の判決により即座に終局判決がもたらされ、それによって相当の時間及び費用の節約される場合には、中間判決をなすことができる。
- 2 中間判決は、独立して上訴されうる。終局判決とともに後に異議を申し立てることは排除される。

第238条 内容

判決文には、次に掲げるものを記載するものとする。

- a 裁判所の表示と構成
- b 判決の場所と日付
- c 当事者及びその代理人の表示
- d 主文
- e 判決が通知されるべき人及び機関の表示
- f 当事者が上訴を放棄しない限りで、上訴の教示
- g 場合によっては判決の理由
- h 裁判所の署名

第239条 開示及び理由づけ

- 1 裁判所は、次に掲げる場合には、書面による理由を付さない判決を開示する

入れるか、異議を唱えるかどうかの基礎を与えるものである。第二に、事件が上級審に進んだ際に、上訴された判決を審理するための基礎となる。*Baker/McKenzie*, aaO., (Fn. 26), S. 896. (*Manuel Meyer*).

ことができる。

- a 主要弁論期日において簡潔な口頭での理由づけとともに当事者へ書面の主文を交付することによる場合
 - b 当事者への主文の送達による場合
- 2 当事者が判決の開示後10日以内に求めるとき、書面による理由づけは後に交付されなければならない。理由づけが要求されないときは、このことは、上訴もしくは抗告による判決に対する不服申立ての放棄とみなされる。
 - 3 連邦裁判所へ付置することができるとする判決の開示に関する2005年6月17日の連邦裁判所法の規定は、留保される。

第240条 判決の通知および公表

判決は、法律に定められ、又は執行に用いられるとき、機関及び関係する第三者に通知され、又は公表される。

⑤判決を伴わない終了

(イ) 和解, 訴えの放棄, 認諾

通常手続は、たとえば訴えが認諾された時、放棄されたとき、または当事者が和解を締結したときに、判決を伴わず終了することができる。このような場合には、手続は直接終了する⁽⁶²⁾。和解、請求の放棄・認諾は、確定判決の効力を有する。このことから、これらは、判決の代替といえる。しかし、裁判所は、このような場合には同時に手続を取り消し(スイス民訴241条2項)、裁判所の取消処分とともに、関連当事者は、最終的な執行名義を得る。加えて、取消処分において、裁判所の手数料について、および和解において定められていない場合には当事者の訴訟費用について、判断される。取消処分は、純粋に宣言的であり、取消しとの関連で上訴や抗告によって取り消しえない。訴訟費用との関連で、スイス民訴法110条による抗告は、認められない。判決の代替となる和解、請求の放棄・認諾は、再審によってのみ取り消されうる(スイス民法328条1項c)。

(ロ) 対象の喪失

対象を喪失した場合も訴訟は取り消される。たとえば、訴訟物が滅失したとき、当事者が主張弁論期日に出頭しないとき(スイス民訴242条)、もしくは、当事者が調停手続の間に死亡した場合などに、訴訟は対象を失う。

(62) Botschaft ZPO, aaO., (Fn. 1), S. 7345.

(関連条文試訳)

第6節 判決を伴わない手続の終了

第241条 和解, 請求の認諾, 請求の放棄

- 1 当事者は, 和解, 請求の認諾, 又は請求の放棄が裁判所によって調書に記載された場合には, 調書に署名しなければならない。
- 2 和解, 請求の認諾, 又は請求の放棄は, 既判力ある判決の効力を有する。
- 3 裁判所は, 手続を取り消す。

第242条 他の理由による対象の喪失

他の理由により判決を伴わず手続が終了するとき, 手続は取り消される。