

資 料

権利救済法システムの比較研究（3）

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（3）

松村和徳
吉田純平

スイス統一民事訴訟法の概要 (3)

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52巻1号—
 - (5) 当事者・多数当事者訴訟
 - (6) 訴訟行為, 訴訟指揮 以上本号—
 - (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

IV スイス民事訴訟における判決手続

(5) 当事者・多数当事者訴訟

1. スイス民事訴訟法における当事者概念

スイス統一民事訴訟法における当事者概念について概説する。まず、スイス民事訴訟法が当事者に関する事項として規定するのは、当事者能力、及び訴訟能力である (スイス民訴66条及び67条)。この当事者能力及び訴訟能力に関するスイス法の規律は、わが国のそれと大きく異なる。

1) 当事者能力

当事者能力は、民事訴訟において訴訟主体（原告、もしくは被告）となりうる能力として定義づけられる⁽¹⁾。当事者能力は、訴訟要件として職権で審理されなければならない（スイス民訴59条2項c）。

①当事者能力を有する者

当事者能力は、わが国と同様に、実体法上の権利能力と結合している。スイス民事訴訟法において当事者能力を有するのは、権利能力を有する者、又は連邦法によって当事者能力を有することが定められた者である（スイス民訴66条）。

したがって、まず権利能力を有するすべての自然人、及び私法上ならびに公法上の法人が、当事者能力を有することになる。自然人及び法人は、権利及び義務の主体であり、その権利を訴訟上実現するために訴求でき、また他の権利主体から自らの義務について訴求されうるのである。

また、連邦法によって、一定の権利能力のない社団又は財団には、当事者能力が認められている。当事者能力を有することが認められているその一例として、債権取立て及び破産に関する連邦法（Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG)）による破産財団がある（SchKG240条参照）。破産管財人によって代理される破産財団は、例えば、責任追及請求権を行使することができるし、SchKG250条による順位訴訟の被告となりうる⁽²⁾のである。その他、合名会社（OR562条及び602条）、合資会社（KAG98条以下）、遺産契約の場合の清算財団（SchKG319条2項参照）、職権での遺産清算の場合の相続財産（SchKG49条、59条参照）などが当事者能力を認められている。

訴訟において行動している者について当事者能力及び権利能力を有するか否かが争われる場合には、この問題についての裁定があるまで、その者に当事者能力が認められる⁽³⁾。

(1) *Oberhammer/Domej* (Hrsg.), *Kurzkommentar Schweizerische Zivilprozessordnung*, 2Auffl. (2013), S.330. (*Tanja Domej*), *Spühler/Tenchio/Infanger*, *Schweizerische Zivilprozessordnung*, 3. Auflage. 2017, S. 407, (*Kristina Tenchio*) など参照。

(2) 前者については、BGE97 II 403E. 2.

(3) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 2. Auflage, S. 83.

(参照条文)

第66条 (当事者能力)

当事者能力は、権利能力を有する者、もしくは連邦法によって当事者として行動できる者がこれを有する。

②当事者能力が認められない場合

その構成員が共同してその権利・義務の担い手となる(総有・合有関係にある)、固有の法人格のない人的団体には、当事者能力が認められていない。この場合には、わが国でいう固有必要的共同訴訟となり、構成員全員が共同して訴え又は訴えられねばならないのである。そのような団体として、他に、例えば、相続共同体、スイス民法典(ZGB) 646条以下の共有関係共同体が挙げられる。また、当局による遺産の清算の際の遺産は、確かに遺産の財産から分離された法人格のない特別財産を示す。遺産清算人は、訴訟担当者として自己の名で積極的訴訟及び消極的訴訟を進行するのであって、遺産の法律上規定された当事者能力を出発点とするものではない。個人企業及び会社の支店にも当事者能力がない。このような場合には、そのたびごとに所有者もしくは本店が当事者となる。

2) 訴訟能力

訴訟能力は、自己の事件において訴訟行為を自らなしうる能力、または自らが選任した代理人によって訴訟行為をなしうる能力として定義づけられている⁽⁴⁾。訴訟能力は、民法上の行為能力の訴訟法的側面である⁽⁵⁾。訴訟能力は、本人自身で有効に訴訟行為をする能力である弁論能力とは異なる。訴訟能力を有するが弁論能力を有しない者は、訴訟代理人によってのみ有効に行為をなしうるのである。訴訟能力は、当事者による(又は当事者に対する)訴訟行為の有効な実行のための前提にすぎない。当事者としての当事者尋問や供述証拠は訴訟能力を前提としていない。我が国において、訴訟行為は、個々の訴訟行為の有効要件であり、自ら、又は自ら選任した代理人によって有効に訴訟行為をし、または裁判所あるいは相手方の訴訟行為を有効に受ける能力、と定義されるが⁽⁶⁾、これは自ら訴訟を進行する上で必要な能力を指すことから、両者は同

(4) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn.2), S. 84.

(5) *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn.1) S. 423., (*Kristina Tenchio*).

(6) 兼子一『新修民事訴訟法体系』(酒井書店, 1964年) 112頁など参照。

意義であろう。

訴訟能力は、当事者能力と同様、訴訟要件として職権により審査されなければならない（スイス民訴59条2項c）。訴訟能力がない者が行った訴訟行為又はその者に対して行われた訴訟行為は、以下の措置がとられない限り、裁判所によって無効として却下される⁽⁷⁾。その結果、訴訟能力が否定される場合、自然人の場合には、法定代理人が選任されるまで、②判断能力はあるが、未成年の人は被保佐人の法定代理人が訴訟追行についての同意を与えるまで、もしくは、③法定代理人が訴訟を進行するか、場合によってはそのために必要な児童及び成人保護局の同意（同様に訴訟要件も）を得るかどうかを決定するまで、訴訟は、中断されなければならない⁽⁸⁾。

（参照条文）

第67条 訴訟能力

- 1 行為能力を有する者が、訴訟能力を有する。
- 2 行為無能力者に代わって、その者の法定代理人が行為する。
- 3 行為能力のない者が判断能力を有する限りで、その者は、
 - a その人格ゆえにその者に帰属する権利を単独で行使することができる。
 - b 危険が窮迫している場合には、暫定的に単独に必要な予防措置をとることができる。

①訴訟能力を有する者

訴訟能力を有する者は、民法上の行為能力を有する者である（スイス民訴67条1項）。行為能力を有しうる者としては、自然人、法人、及び法律に基づいて当事者能力を認められる者である。訴訟能力がないと判断された場合には、例えば、自然人であれば、法定代理人が選任される等までは（上述）、手続は中断されなければならない。

（イ） 自然人

成人であり、かつ判断能力がある自然人は、行為能力があり、それゆえ訴訟能力を有する（スイス民法（ZGB）13条）。

ここにいう判断能力とは、理性的に行為をなす能力であることを意味する。

(7) Spühler/Tenchio/Infanger, a.a.O. (Fn.1) S. 433., (Kristina Tenchio).

(8) Spühler/Tenchio/Infanger, a.a.O. (Fn.1) S. 434., (Kristina Tenchio).
Leuenberger/Uffer-Toblet, a.a.O. (Fn.2)., S. 84.

つまり、判断能力は、抽象的ではなく、常に特定の時にかつ特定の行為について判断しうる能力をいうのである。判断能力が否定される場合には、行為能力も訴訟能力もなくなる（スイス民法18条）。法律上、判断能力があるとされるのは、以下の者である。すなわち、幼年ではなく、精神的障害、心理的混乱、忘我、もしくは類似の状況により、理性的に行動することができる能力を欠くことがない、すべての者である（スイス民法16条）。なお、判断能力は原則として推定され、かつ訴訟能力の否定に対して有効に対抗できないがゆえに、訴訟無能力につき裁判所が最終的に確定するまでは、当事者には訴訟追行の可能性が残り、その限りで当事者は訴訟能力を有することになる。

行為能力は、成人保護の措置によって制限される（スイス民法19d条）。特定の行為につき判断能力を欠く場合又はスイス民法398条による包括的後見を受けている場合及び権利主張につき判断能力が十分でない場合は、行為能力を欠き（行為無能力者となる）、それゆえ、訴訟能力を欠く。

（参照条文）

スイス民法 第13条

成人であり、かつ判断能力を有する者は、行為能力を有する。

（ロ） 法人

法人は、それが法律により、又は定款又は寄付行為書により、法人の意思を外部に対して示すために必要な機関を整えれば、行為能力を有することになる。したがって、法人がそれに代わって行為する機関及び代理のための代理権を有する者を欠く場合には、その法人は行為能力を欠くことになる。場合によっては、商業登記官が、裁判所又は寄付行為の場合には監督官庁に、行為能力の回復のための措置を申し立てることもある。

（ハ） 法律により訴訟能力が認められる者

法律により当事者能力及び訴訟能力を有することが認められた権利能力のない団体又は財団は、その機関によって外部に対する代理について権限を認められた者によって行為する。

②行為無能力者

（イ） 行為無能力者—法定代理人による行為

自然人が行為能力を欠く場合、その者は、訴訟においても原則として法定代

理人によってのみ行為することができる (スイス民訴67条2項)。

(ロ) 制限的訴訟無能力者

未成年者、又は、後見人によってその行為能力を制限されている者が判断能力を有する場合には、それらの者は原則として法定代理人の同意の下、行為能力及び訴訟能力を有する (スイス民法19条1項)。しかし、一定の範囲においては、独立して、行為能力及び訴訟能力を有する (スイス民訴67条3項)。判断能力は、常に、問題となっている行為との関連で、すなわち、相対的に判断されなければならない。

判断能力はあるが訴訟能力がない者は、次のような場合には、単独で権利行使をすることができる。まずは、スイス民訴法67条3項aは、判断能力はある行為無能力者が、その人格権から彼に帰属する権利を単独で行使することができる旨を規定する。このような者は、例えば、人格権保護請求 (スイス民法28条など)、氏名保護請求 (スイス民法29条)、親権を含む離婚の訴訟 (スイス民法114条、117条など)、父子関係推定の取消訴訟 (スイス民法256条)、認知の取消訴訟 (スイス民法260a条)、父子関係確認訴訟 (スイス民法261条) などにおいて⁽⁹⁾、訴訟能力を有する。

行為能力はないが、判断能力がある者は、さらに、危険が窮迫している場合に予防措置を単独でとることができる (スイス民訴67条3項b)。この例外規定は、そのほかに権利追及の遅滞を生じさせる時には、行為能力の無い者の単独の訴訟追行を許さず、仮の単独の行為がなければ、現実に深刻な結果が生じる場合に限られる⁽¹⁰⁾。

2. スイス民事訴訟法における訴訟代理

1) 契約上の代理

スイスでは、弁護士強制制度は存在しない⁽¹¹⁾。したがって、訴訟能力を有するすべての者は、自ら訴訟を進行する権限を有する。他方、訴訟能力を有す

(9) 詳細は、*Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn.1) S. 430f., (*Kristina Tenchio*). など参照。

(10) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn. 2), S. 88.

(11) *Baker/McKenzie*, *Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO)*, 2010, S. 301, (*Markus Affentranger*). *Spühler/Tenchio/Infanger*. a.a.O. (Fn.1) S. 437. (*Luca Tenchio*).

る者は、代理を委任する自由も有する（スイス民訴68条1項）。なお、仲裁裁判所での代理については、スイス民訴法373条5項を参照。

スイス民訴法68条1項は、スイス民事訴訟法の伝統と結びついて、訴訟能力ある当事者は、行為能力ある個人を、契約上、代理人とすることができる旨を規定している。もちろん、それは義務ではない。例えば、配偶者、友人、又は親戚の者などが代理人となりうる。この代理人となりうるものは、訴訟能力のある自然人であり（単独でも複数でもよい）、法人は想定されていない⁽¹²⁾。その際に、スイス民訴法68条2項の要件を満たす必要はない。スイス民事訴訟においては、原則、いかなる代理義務も存在しない。つまり、弁護士強制や代理人強制は原則として存在しないのである。代理は、代理権によって証明されなければならない（スイス民訴68条3項）。

連邦裁判所においても、弁護士強制は適用されない。そのため、当事者は、最上級審においても本人自ら訴訟進行することができる。しかし、代理人がいる場合、民事事件において弁護士代理原則が妥当する（連邦裁判所に関する連邦法・Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG) 40条1項）。その際、連邦裁判所は、連邦裁判所に関する連邦法 (BGG) 72条による民事事件における抗告のすべての適用範囲において、特に倒産手続についても、これを肯定した⁽¹³⁾。

2) 職務上の代理 (Berufsmässige Vertretung)

職務上の代理とは、ある者が、不特定又は不特定数の事件において他人のために訴訟を進行し、又進行する用意がある場合の代理である⁽¹⁴⁾。通説によれば、代理人が報酬の獲得のために活動するかどうかは決定的な判断基準とはならない⁽¹⁵⁾。職務上の代理人となるのは、以下の者に認められる。

(a) 弁護士……スイス民訴法68条2項aにより、2000年6月23日の弁護士法により認められた弁護士は、スイスの裁判所においては、無制限にすべての

(12) Botschaft des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. 6. 2006 (Botschaft ZPO), BBl 2006, S. 7279.

(13) 判例の立場である (BGE 134 III 520)。他方、学説は、代理を無報酬では行わない場合でかつ単なる感謝の給付としてもはやみなされえない場合に、職務上の代理を認める（詳細は、*Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn.1) S. 439., (*Luca Tenchio*). など参照)。

(14) *Baker/McKenzie*, a.a.O. (Fn. 11), S.302, (*Markus Affentranger*).

(15) *MaxGuldener*, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 1979, S. 133. *Spühler/Tenchio/Infanger*. a.a.O. (Fn.1) S. 439. (*Luca Tenchio*) など参照。

事件において代理をすることができる。連邦裁判所においては、民事事件では弁護士のみが代理人となることができる。

(b) 特許弁護人……州法によって、特許弁護人 (patentierte Sachwalter 又は Rechtsagenten) は、調停機関の手続、簡易手続もしくは略式手続における財産法上の訴訟に制限される。権限は、それぞれの州に制限される。

(c) SchKG の略式手続における職務上の代理人……スイス民法68条2項cにより、SchKG の略式手続において、SchKG27条を根拠に全スイスにおいてすべての行為能力のある者は、職務上の代理もすることができる。なお、その際、州は、重大な理由がある場合には、職業上の代理を禁止することができる。

(d) 賃貸借事件裁判所及び労働裁判所における職務上の代理人……これは、州法により、州が規定する限りで、同等に構成された賃貸借事件裁判所及び労働裁判所での社会の構成員の職業上資格を有する代理人である。

3) 法定代理

行為能力、すなわち訴訟能力を有しない者については、訴訟において通常法定代理人により代理される。

4) 代理された当事者の本人による出頭

代理人がいる場合であっても、裁判所は、当事者本人が裁判所に出頭することを命じることができる (スイス民法68条4項)。この本人の出頭は、例えば、和解手続、当事者尋問や証拠の陳述が遅れている場合に命じられる。また、簡易訴訟や略式手続においては事実関係の確認のためにこれが命じられる。調停手続においては、当事者は、原則として本人が出頭しなければならない。ただし、当事者は訴訟代理人等に付き添いをさせることができる (スイス民法204条1項及び2項)。婚姻法上の手続においては、当事者は同様に自身で出頭しなければならない (スイス民法273条2項及び3項)。

また、当事者自身の出頭は、裁判所の発問義務の下、不完全かつ不明確な事実陳述の補完に役立つとされている⁽¹⁶⁾。ただ、出頭命令に応じない場合のサンクションについては、規定がない⁽¹⁷⁾。

(16) Oberhammer/Domej (Hrsg.), a.a.O., S. 363 (Tanja Domej), など参照。

(17) Oberhammer/Domej (Hrsg.), a.a.O., S. 363 (Tanja Domej), は、スイス民法147条1項の失権効の適用可能性を指摘する。

(参照条文)

第2節 訴訟代理

第68条 契約上の代理

- 1 訴訟能力を有するすべての当事者は、訴訟において代理をさせることができる。
- 2 以下に掲げる者は、職務上の代理権を有する。
 - a すべての訴訟について：2000年6月23日の弁護士法によりスイスの裁判所において当事者を代理をすることを認められた弁護士
 - b 調停機関において、簡易訴訟における財産法上の事件について、並びに略式手続の事件について：州法が規定する限りで、特許弁護士並びに法律エージェント
 - c この法律の第251条による略式手続の事件について：SchKG27条による営業上の代理人
 - d 賃貸借事件裁判所又は労働裁判所においては、州法が規定する限りで、職務上資格を有する代理人
- 3 代理人は、代理権の証明を要する。
- 4 裁判所は、代理されている当事者本人の出頭を命じることができる。

第69条 当事者の無能力

- 1 当事者が明らかに訴訟を自ら追行する能力がないときは、裁判所は、当事者に対して代理人を選任することを命じることができる。当事者が定められた期間内にこれを行わないとき、裁判所は当事者のために代理人を選任する。
- 2 裁判所は、保護措置が望ましいと考えるとき、成人及び児童保護局に通知する。

3. 多数当事者訴訟 1 —共同訴訟—

1) 共同訴訟の概要

共同訴訟は、ある訴訟において、原告側（能動的共同訴訟）、被告側（受動的共同訴訟）、又はその両方で複数の者が当事者となる訴訟である。スイス民訴訟法においては、必要的共同訴訟（Notwendige Streitgenossenschaft・スイス民訴70条）と通常共同訴訟（Einfache Streitgenossenschaft・スイス民訴71条）が規定される。必要的共同訴訟は、実体法に基づいて強制的に共同訴訟が生じるものである。それに対して、通常共同訴訟は、任意に共同訴訟がなされるものである⁽¹⁸⁾。通常共同訴訟は、訴えの客観的併合とも呼ばれるが、スイス民訴訟法に

(18) *Habscheid, Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationrecht*, 2. Aufl. (1990) S151.

においては、この概念は用いられていない。

2) 必要的共同訴訟

①概念

スイス民訴法70条1項によれば、複数の者が、すべての者に対する効力を持つてのみ判断されうる権利関係に関与している場合、必要的共同訴訟が生じる。これに当たるか否かの判断は、実体法に依拠する⁽¹⁹⁾。すなわち、複数の関係人が、実体法上極めて密接に相互に結びついており、訴求された請求権が同時にすべての者によって、又はすべての者に対して行使されなければならない場合である。この訴訟共同の必要は、争われている権利関係がすべての関係人に対して合一に確定されなければならないことと相応してくる。必要的共同訴訟の目的は、矛盾する判決の回避にある⁽²⁰⁾。わが国における固有の必要的共同訴訟と同様といえよう。したがって、この場合に、すべての者が原告もしくは被告とならないときには、当事者適格を欠くとして、訴えは却下されるのである。

連邦法が明文で、その権利の実現のためにすべての権利関係の関係者の共同訴訟を求めるかどうかを規定する場合がある。例えば、父子関係取消しの訴えについて、夫による訴えは子と母を被告とし、子による訴えは、母と夫を被告とすることが民法上規定されている(スイス民法256条2項)。また、事案の性質から、すべての関係人を含まれることの必要性が生じる場合がある⁽²¹⁾。そのほか、必要的共同訴訟となるべき場合の例として、以下のようなものが挙げられる。

(イ) 合有関係 (Gesamthandverhältniss)

複数の者が合有関係において請求権を有する場合には、必要的共同訴訟によってのみ請求権について訴えを提起することができる。なぜなら、それらの者

(19) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn.2), S. 93., *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn1) S.457. (*Peter Ruggle*). など参照。

(20) *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn. 1) S. 457f., (*Peter Ruggle*), *Oscar Vogel/Karl Spühler*, *Grundriss des Zivilprozessrechts und des internationalen Zivilprozessrechts der Schweiz*, 2001, S. 143.

(21) BGE107 III 91参照。これは、必要的共同訴訟は連邦法に規定されたもののほか、事案の性質から生じうると判断したものである。

の中で誰も単独でその請求権を処分することができないからである。例えば、合有関係にある夫婦（スイス民法221条以下）、総有関係（スイス民法336条以下）、相続共同体（スイス民法602条、653条2項）が有する請求権についての能動的共同訴訟がこれに当たる。これに対して、合有関係にある者の受動的共同訴訟は、例外的な場合にのみ必要的共同訴訟となる⁽²²⁾。

（ロ） 形成訴訟

原告が権利又は法律関係の変動のために法律が定める一定の形成要件を主張して、その変動を宣言する判決を求める訴えである形成の訴えも、原告側及び被告側について必要的共同訴訟となる。例えば、前述の夫の父子関係取消しの訴え（スイス民法256条2項）や、認知取消しの訴え（スイス民法260a条3項）がこれに当たる。これに対して、父子関係確認の訴え（スイス民法261条）は、必要的共同訴訟とならない⁽²³⁾。

（ハ） 合一的な裁判の必要な場合

その他に、必要的に合一に裁判されなければならない場合には、必要的共同訴訟となる⁽²⁴⁾。これには、まず、分割できない権利関係に基づいて複数の者が訴え、又は訴えられる場合がある。例えば、所有権等の分割できない給付を求める物権的請求は、共有者全員に対して訴訟が提起されなければならない（スイス民法648条2項）。また、複数の者が合有者として関与している物についての売買契約の有効性に関する訴訟が挙げられている⁽²⁵⁾。

また、SchKG260条に基づいて複数の破産債権者が財団の請求権についての訴訟追行権を譲渡された場合は、特別な形式の必要的共同訴訟となる。この場合、譲渡された請求権は、合一にのみ裁判されなければならない。しかし、共同して訴訟を追行する義務は、実際のその譲渡を用いる意思のある債権者につ

(22) *Cristina von Holzen*, Die Streitgenossenschaft im schweizerischen Zivilprozess, 2006, S. 92ff.

(23) *Baker/McKenzie*, a.a.O. (Fn. 11), S. 310, (*Anne-Catherine Hahn*). 詳細は, *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn. 1) S. 460f. (*Peter Ruggie*). など参照。

(24) *Vogel/Spühler*, a.a.O. (Fn.20), S.145., *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn.1) S. 461 (*Peter Ruggie*). など参照。

(25) BGE89 II 429. *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn.1) S. 461 (*Peter Ruggie*).

(26) BGE121 III 291. *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn.1) S. 461 (*Peter Ruggie*).

いてのみ生じる⁽²⁶⁾。したがって、単独で訴えを提起しても、能動的当事者適格を欠くことにはならない。この場合は、わが国における類似必要的共同訴訟に類すると言えよう。

③効果

(イ) 全ての関係人の訴訟への組み込み

すべての関係人について合一に裁判されなければならない権利関係が問題となることの訴訟上の帰結は、すべての関係者が、ある一つの訴訟の原告側か被告側のどちらかにおいて当事者となることである(スイス民法70条1項)。わが国における固有必要的共同訴訟と同様に、当事者適格の問題として共同訴訟の必要性が要求されるのである。したがって、そうでない場合には、能動的当事者適格、又は受動的当事者適格を欠き、訴えは却下される(前述)。

(ロ) 共同訴訟人の訴訟行為の共同性

共同訴訟人は、原則として共同で訴訟行為をしなければならない。一人の訴えの提起、請求の認諾もしくは放棄は、効力を有しない。その他に、一人の共同訴訟人の適時の訴訟行為は、その行為を行わない共同訴訟人のためにも効力を有する。その同意は、事後的に求められうる。例外は、上訴の提起である。これは、原則としてすべての共同訴訟人に共同で生じなければならない(スイス民法70条1項)。

共同訴訟人の一人が訴え提起への協力を拒絶する場合に、どのようにこの問題を処理するかについては、スイス民事訴訟では、実体法が規定する。例えば、相続関係の訴えの場合において、各共同訴訟人は、一人の共同代理人を要求することができる⁽²⁷⁾。

(参照条文)

第70条 必要的共同訴訟

1 複数の者がすべての者に対して効力が及ぶようにのみ判決が下されうる一つの法律関係に関与しているとき、それらの者は共同して訴え、または訴えられなければならない。

2 共同訴訟人の一人の適時の訴訟行為は、その行為を行わない共同訴訟人についても効力を有する。但し、上訴の提起は除くものとする。

(27) Spühler/Tenchio/Infanger, a.a.O. (Fn. 1) S. 464. (Peter Ruggle). など参照。

3) 通常共同訴訟

①概念

複数の者が同種の事実もしくは同種の法律上の原因から生じる権利・義務が問題となる時、共同して訴え、又は訴えられることができる（スイス民訴71条1項）。この場合を、通常共同訴訟という。通常共同訴訟は、常に請求の集積を意味する。同一の訴えでもって、複数の権利主体に対して複数の請求がなされているのである⁽²⁸⁾。通常共同訴訟が成立するのは、①複数の原告による訴え又は複数の被告に対する訴えがある場合、②訴訟が複数の承継人によって承継される場合（事後的な通常共同訴訟となる）、③裁判官による複数の訴訟の統一化による場合（スイス民訴125条cなど参照）、である。

スイス民訴法71条1項に挙げられている要件である「同種の事実又は同種の法律上の原因」は、共同の訴訟追行のために事実上の関連性を要求するものである。そこでは、共同の訴訟追行が有意義であり、望ましい場合である。しかし、通常共同訴訟の構成についての義務は存在しない。例えば、相手方当事者と同種の契約を締結した複数の者は、その（主張する）権利を行使するために訴訟を一つにすることができるのである。

Botschaft は、通常共同訴訟の例として以下のようなものを挙げる⁽²⁹⁾。賃料増額の取消しのための複数の家族用家屋の賃借人らと賃貸人間の訴訟、大量解雇に基づく労働者らと雇用者間の解雇無効確認訴訟、瑕疵ある商品の売買に基づく消費者らと供給者間の訴訟である。また、近隣の者らが、近隣の土地から生じる環境汚染に対して行動するために、一つの訴訟にすることができる。さらに、株式会社法上の責任追及の訴えは、複数の経営者もしくは監査役に対して訴求でき、又、指名された相続人に対する複数の法定相続人らによる無効及び修正の訴えが訴求されうる。SchKGにおいて、複数の債権者による他の債権者の認可に対する順位付けの訴え、又は同法285条以下に基づく共同の取消しの訴えが、通常共同訴訟になるとされる。

(参照条文)

第71条 通常共同訴訟

- 1 同種の事実又は同種の法律上の原因に基づいた権利及び義務が判断されるべきときには、複数の者は共同して訴え又は訴えられることができる。

(28) Spühler/Tenchio/Infanger, a.a.O. (Fn. 1) S. 469. (Peter Ruggle). など参照。

(29) Botschaft ZPO, a.a.O. (Fn. 12), S. 7281. なお, Spühler/Tenchio/Infanger, a.a.O. (Fn.1) S. 473f. (Peter Ruggle). なども参照。

- 2 通常共同訴訟は、個々の訴えについて同種の手続が適用されないときには、することができない。
- 3 各共同訴訟人は、他の共同訴訟人から独立して訴訟を進行することができる。

第72条 共同代理人

共同訴訟人は、一人の共同代理人を指定することができる。指定がないときは、各共同訴訟人に個々に送達がなされることになる。

②要件—請求の牽連性及び同種性—

通常共同訴訟は、訴訟経済に資するものである。すなわち、同種の問題を扱う関連性のある複数の訴えは、簡便性という理由から、同一の訴訟において判断されうるとするべきである⁽³⁰⁾。

通常共同訴訟の要件は、まず争いとなっている請求が同種の真実又は同種の法律上の原因に基づく請求であることである（スイス民訴71条1項）。また、通常共同訴訟の要件として、問題となる請求が同種の手続で管理・判断されうること（スイス民訴71条2項）、各請求につき同じ事物管轄であること（土地管轄の同一は要件ではない）が挙げられる⁽³¹⁾。通常共同訴訟における訴訟追行の適法性審査は、原告の権利要求後に行われる。通常共同訴訟法の適法性は、訴訟要件として職権で審査される。

③効果

それぞれの共同訴訟人は、他の共同訴訟人から独立して訴訟を進行しうる（スイス民訴71条3項）。このことは、個々の共同訴訟人は、その請求権について、和解、訴えの放棄、認諾によって、他の共同訴訟人から独立して処分し、又は上訴を提起し、またそれを放棄しうる。固有の主張や防御を申し立てること、及び個別に審理されるべき固有の証拠申立てをするのも自由である。

共同訴訟人らの異なった利益状況に基づき、同一の手続において異なった訴えを取り扱うことが意味を持たないときは、裁判所は、訴訟経済上の理由から、手続を分離することができる（スイス民訴125条b）。

訴訟追行におけるこの独立性について、それぞれの共同訴訟人は、自身で、代理されるか、また誰に代理されるかを決定することも可能である。共同代理

(30) *Baker/McKenzie*, a.a.O. (Fn. 11), S. 310, (*Anne-Catherine Hahn*).

(31) *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn.1) S. 472, (*Peter Ruggle*). など参照。

は、たしかに可能であるし（スイス民訴72条）、費用の理由から、それが望まれることもあるが、必要的共同訴訟の際と同様に、必要的ではない。

必要的共同訴訟とは異なり、すべての共同訴訟人について合一的に判断されなくてもよい。そして、他の共同訴訟人の訴えが却下されたとき、能動的共同訴訟人は保護されうる。それは、例えば、森林の過剰な汚染にもとづき近隣の者が共同訴訟を提起した場合に、過度の汚染が一人の原告について肯定されるが、他の者については否定されるときなどである。また、複数の被告に対する不法行為に基づく損害賠償請求訴訟では、他の者に対する訴えが棄却されるときでも、一人の共同訴訟人に対する訴訟は認容されうる。訴訟費用は、同様に、個々の訴訟結果に基づき分割される。

4. 多数当事者訴訟 2 — 訴訟参加 —

1) 主参加 (Hauptintervention)

① 概念

主参加とは、第三者に、係属中の訴訟における訴訟物について、両当事者よりも優先する権利 (besseres Recht) を主張するために両当事者に対して訴えを提起することを認めるものである (スイス民訴73条1項)。例えば、物の引渡しを求める訴えにおいて、第三者は、その物が実際には自らの所有であることを主張して主参加することができる。このような制度は、すべての州ではないが、多くの州で存在していた⁽³²⁾。

② 要件

主参加は、参加の対象となる訴訟 (主たる当事者間の訴訟) が係属しているときにのみ問題となる。主たる当事者間の訴訟が係属する裁判所が主参加の管轄裁判所となる (管轄要件)。また、主参加は、第一審においてのみ可能であり、上訴審においてすることはできない (スイス民訴73条1項)。主参加は、主たる当事者に対する独立した訴えであるので、原則として、スイス民訴法59条2項の他の訴訟要件が存することが要件となる。調停手続は例外となる。

そのほかに、主参加は、第三者が係属する訴訟における訴訟物について、両当事者を完全に、又は一部において排除するような、より優先する権利を主張する場合にすることができる⁽³³⁾。このことは、訴訟物については当事者間の

(32) *Baker/McKenzie*, a.a.O. (Fn. 11), S. 320, (*Anne-Catherine Hahn*).

訴訟と主参加訴訟とで同一性が要求されることを意味する。

③効果

主参加が認められると、元の訴訟の受訴裁判所に、二つの独立した訴訟が係属することになる⁽³⁴⁾。主参加の訴訟は、調停手続を経ることなく、直接上記裁判所に係属する（スイス民訴198条g）。裁判所は、判断の統一の必要性から、主参加の訴えが法的確定力をもって終結されるまで、主たる訴訟を中断し、また両訴訟を併合することができる（スイス民訴73条2項）⁽³⁵⁾。併合の必要がある場合は、二番目の訴訟における判断が、最初の訴訟についての先決的（präjudiziell）効果を有する場合である⁽³⁶⁾。

二番目の訴訟において、主参加をした者が原告となり、最初の訴訟の両当事者が被告となる。主参加人によって主張された権利について合一に判断されなければならないことから、最初の訴訟の両当事者について被告側の必要的共同訴訟となる、とされる⁽³⁷⁾。

（参照条文）

第73条

- 1 訴訟物について、両当事者を全部または一部で排除するより優先する権利を主張する者は、訴訟が第一審として係属する裁判所で、両当事者に対して訴えを提起することができる。
- 2 裁判所は、主参加の訴えが法的確定力をもって完結されるまで、主たる訴訟を中断し、また両訴訟を併合することができる。

2) 補助参加

①概念及び要件

補助参加とは、訴訟において主たる当事者の勝訴に利害関係を有することから、その者を補助するために訴訟に参加することを言う。あくまでも従たる当事者であり、主たる当事者の地位を得るものではない。補助参加人は、その者

(33) *Vogel/Spühler*, a.a.O. (Fn. 20), 5N90.

(34) *Vogel/Spühler*, a.a.O. (Fn. 20), 5N90.

(35) *Botschaft ZPO*, a.a.O. (Fn. 12), S. 7282.

(36) *Baker/McKenzie*, a.a.O. (Fn. 11), S.321, (*Anne-Catherine Hahn*)

(37) *Baker/McKenzie*, a.a.O. (Fn. 11), S.321, (*Anne-Catherine Hahn*). *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn.1) S. 487, (*Michael Graber*). 反対意見として, *von Holzen*, a.a.O. (Fn. 22). S. 62.

がすでに係属している訴訟において彼が補助する当事者の勝訴について法的利益を有することを疎明しなければならない（スイス民訴74条）。この法的利益とは、不当な判決が補助参加人の固有の実体的状況に、直接的に又は間接的に、影響を受けるかないしは危険にさらす場合を意味するとするのが連邦裁判所の判例の立場である。そのような法的利益を有す補助参加人（第三者）の例として、以下のようなものが挙げられる⁽³⁸⁾。すなわち、債権者に対する（共同）債務者の訴訟における連帯債務者、又は保証人、債権の譲受人の債務者に対する債権の存在に関する訴訟における譲渡人、依頼主に対する建築業者の訴訟における下請業者、買主の売主に対する瑕疵担保責任追及訴訟における製造者、前もって分離されて追行される主たる訴訟の訴訟告知した主たる当事者の勝訴への訴訟告知された者などが挙げられる。

ある者が進行する訴訟において補助参加人として参加しようとするとき、その者は、裁判所に参加の理由及びその者が補助しようとする当事者を示す参加の申立てを提出しなければならない。申立ては、あらゆる訴訟の段階で、そして二審においてもなお提起することができるが、しかし、連邦裁判所において初めてすることはできない。両当事者への審尋に基づき、裁判所は、その許否について決定し、この決定に対しては抗告ができる（スイス民訴75条2項）。

（参照条文）

第2節 補助参加

第74条 原則

係属する訴訟が一方当事者に有利に判決されることについて法的利益を存することを疎明した者は、訴訟においていつでも補助参加人として参加することができる。かつ、その目的のため裁判所に参加の申立てをすることができる。

第75条

- 1 参加の申出は、参加の理由及びその補助のために参加される当事者の表示を記載する。
- 2 裁判所は、両当事者を審尋した後、申立てについて裁判する。この裁判は、抗告によって取り消すことができる。

②補助参加人の地位

補助参加人は、主たる当事者を補助するため、訴訟の状況に従い可能なすべての訴訟行為をする権限を有する（スイス民訴76条1項）。補助参加人は、補完

(38) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn. 2), S. 104.

するための事実主張をし、証拠方法を挙げ、または上訴を提起することができる。補助参加人は、補助参加人としての許可の時点からすべての送達を受け、審理へ召喚される。補助参加人に申し立てられて補助された攻撃防御方法は、主たる当事者に組み込まれる。しかし、補助参加人は、独立した地位を有していない。補助参加人のなした主たる当事者と抵触する訴訟行為は無効であるからである。これは、補助参加人の訴訟行為が考慮されない場合である。(スイス民訴76条2項)。また、主たる当事者は、単独で、訴訟物について処分することができ、主たる当事者は補助参加人の意思に反して和解を締結し、訴えを放棄し、又は認諾し、または補助参加人の提起した上訴を取り下げることができる。逆に、補助参加人は、主たる当事者の同意なく訴訟物を処分することはできない。ただし、連邦裁判所によって例外的に認められた「共同訴訟的補助参加」では可能である。

(参照条文)

第76条 参加人の権利

- 1 参加人は、主たる当事者の補助のため、手続の状況に応じて許される全ての訴訟行為をすること、とりわけ全ての攻撃防御方法を主張し、かつ上訴を提起することができる。
- 2 参加人の訴訟行為が主たる当事者の訴訟行為と抵触するとき、その訴訟行為は訴訟において顧慮されない。

③参加の効果

スイス民訴法77条は、原則として主たる当事者に不利な訴訟の結果も参加人に対して効力を有することを規定する。しかし、このことは、判決が直接参加人に対して執行可能であることを意味しているわけではない。参加人として、補助参加人は、訴訟において補助する機能のみを有し、判決は主たる当事者間に対してのみだされる。既判力ではなく、拘束的効力(Bindungswirkung)が存在し、そこでは、後訴があった場合にそこでの参加人の抗弁の可能性を制限する。なぜなら、その効力は、参加人が前訴で判断された問題をむしろ拒絶すること、参加人は前訴における主たる当事者の有責的で悪質な訴訟追行を立証することができる(スイス民訴77条a及びb)。その際、二つ目の訴訟は事実上不要となりうる。なぜなら、争われている問題(例えば事実の不存在)はすでに拘束力をもって判断されているからである。わが国でいう「参加的効力」と類似していると言えよう。

(参照条文)

第77条 参加の効力

主たる当事者に不利な訴訟の結果は、参加人に対しても効力を有する。ただし、以下に掲げる場合は、この限りでない。

- a 参加人が、その参加のときまでに、訴訟の状況により、又は主たる当事者の行為又は不作為により、攻撃防御方法の提出を妨げられたとき。
- b 参加人に知られていない攻撃防御方法が、主たる当事者の故意または過失により提出されなかったとき。

3) 訴訟告知

①通常の訴訟告知の概念

スイス民事訴訟法は、二種類の訴訟告知を規定している。一つは、通常の (einfach) 訴訟告知である (スイス民訴78条以下)。これは、この統一民事訴訟法以前から、ほとんどの州の民事訴訟法において規定されていたものである。もう一つは、訴訟告知の訴えである (スイス民訴81条)。これは、フランス法における *appel en cause* 又は「告知及び保証の訴え」に由来するものである⁽³⁹⁾。

訴訟告知は、当事者が、被訴訟告知者の補助を受けて進行中の訴訟に勝訴するために、第三者に訴訟において補助することを告知するものである (スイス民訴78条)。敗訴の時に第三者に請求されることを危惧する当事者、又は自身が敗訴の時に第三者に請求しようとする当事者は、訴訟告知をもって、後訴があった場合に訴訟告知を受けた者に対する自身の地位を強くすることができる。被訴訟告知者は、さらに訴訟を告知することができる (スイス民訴78条2項)。訴訟告知された第三者は、最初に告知された者と同じ地位を有する。

訴訟告知は、訴訟の進行中は、いつでも行うことができる。それに伴って、訴訟告知は、それが裁判所の手続において行われなければならないという効力を生じさせる。すなわち、訴訟前又は裁判所外で、第三者に対する単なる表示や、訴訟資料を欠く場合の補助の要請は、スイス民訴法78条以下の意味での訴訟告知ではない。しかし、訴訟告知を受けた者の後訴での訴訟追行に対する抗弁を前訴において可能な限り制限するために、訴訟告知を早期に行うという訴訟告知者の利益は存在する (スイス民訴80条)。

(39) *Baker/McKenzie*, a.a.O. (Fn. 11), S. 335, (*Anne-Catherine Hahn*).

②被訴訟告知者の地位

訴訟告知が行われると、訴訟告知を受けた者には、以下のような対応をすることができる。

まず、訴訟への補助参加人としての参加である。その際に告知を受けた者にはスイス民訴法76条に基づいて参加人としての権利が認められる。その際、その者は、補助参加の場合のように参加の利益を証明する必要はない。彼らの適格は、訴訟告知によって生じているからである。その際に、彼らは、主たる当事者を補助することはできるが、主たる当事者と矛盾抵触する訴訟行為はできない。

つぎに、訴訟告知者の同意のもとで訴訟追行を引き継ぐことができる。彼らは、この場合、訴訟担当者として他人の権利について自己の名において訴訟を追行する。通常この当事者変更のために必要な相手方当事者の同意は顧慮されない（スイス民訴79条1項b）⁽⁴⁰⁾。

最後に、情報や証拠方法が欠如しているという理由から、補助参加人として参加することなく、すべての補助又は場合によっては援助を放棄することができる。このことは、参加した場合には当事者としての陳述のみが可能であるのに対して、場合によっては証人としての陳述を可能にしている。このように、被訴訟告知者が沈黙する場合には、訴訟は継続し、そこでは被訴訟告知者は主たる当事者としても補助参加人としても構成されない（スイス民訴79条2項）。

(参照条文)

第78条 諸原則

- 1 敗訴した場合に第三者に訴求しようとする者、又は第三者からの請求を危惧する者は、そのような第三者に対して、訴訟において補助するように告知することができる。
- 2 被訴訟告知者は、訴訟をさらに告知することができる。

第79条 訴訟を告知された者の地位

- 1 被訴訟告知者は、
 - a その者に訴訟を告知した当事者に有利になるように、直ちに参加することができる、又は
 - b その者に訴訟を告知した当事者に代わり、その同意を得て訴訟を進行することができる。
- 2 被訴訟告知者が参加を拒否し、又は参加を明らかにしない場合、訴訟は被訴

(40) Botschaft ZPO, a.a.O. (Fn. 12), S. 7284.

訟告知者を顧慮することなく、これを続行するものとする。

第80条 訴訟告知の効果

第77条を準用する。

4) 訴訟告知の訴え

① 訴訟告知の訴えの概念

訴訟告知者は、その者が敗訴の場合に訴訟告知を受けた者に対して有すると考える請求権について、主たる訴えが係属する裁判所において訴えを提起することができる（スイス民訴81条）。この訴訟告知の訴えによって定位することができるのは、主たる請求の存在に依存する請求のみである。例えば、償還請求、担保請求、保証請求などがこれに当たる。これに対して、主たる訴訟と事実上の関係は存在するが、しかし、その存在に由来するものではなく、第三者に対する独自の請求権である場合には、訴訟告知の訴えから除外される。

訴訟告知の訴えでは、進行している訴訟において、主たる当事者が第三者に単に補助を求めるのではなく、訴訟告知を受けた者に対して、別の被告として直接的に完全な訴えを提起することを可能にする。通常の訴訟告知の特別な形式と言える。第三者には、それに参加するかどうかを決定する自由はなく、訴訟告知の訴えを提起された主たる当事者としてこの全手続の枠内で、複数の当事者となる。主たる訴訟と後訴は、同一の裁判所に併合される。これは訴訟経済上の理由からである。また、両訴訟は、時間的に連続しない。すなわち主たる訴訟の終結後はじめて後訴が開始されるのではない。そして、状況によっては異なった裁判所で矛盾して取り扱われる。主たる訴えと訴訟告知の訴えを取り扱う裁判所は、訴訟の簡素化のために、訴えを別々に取り扱うことができる（スイス民訴125条1項b）。

② 要件

(イ) 時間的要件

通常の訴訟告知と同様、訴訟告知の訴えも二当事者間の訴訟が係属していることが要件となる。通常の訴訟告知と異なり、遅くとも答弁又は再抗弁とともに申し立てられなければならない（スイス民訴82条1項）。これは、他の手続の進行に影響を与えるからである⁽⁴¹⁾。

(41) *Baker/McKenzie*, a.a.O. (Fn. 5), S. 346, (*Anne-Catherine Hahn*).

(ロ) 被訴訟告知者に対する請求権についての疎明

通常の訴訟告知と異なり、訴訟告知者は、主張する請求権を疎明し、簡潔に理由づけなければならない(スイス民訴82条1項2文)⁽⁴²⁾。

(ハ) 訴訟告知の訴えについての裁判所の管轄

第三者が訴訟告知の訴えによって主たる訴訟の裁判所で訴えられるためには、当該裁判所は、第三者に対する訴えについて物的、及び場所的に管轄を有さなければならない。

③被訴訟告知者の地位

訴訟告知の訴えを提起された第三者は、留保付きで被告の地位を得る。なぜなら、訴訟告知をした原告が主たる訴訟において敗訴した場合にのみ、被訴訟告知者に対する訴えは具体化するからである。通常の訴訟告知の場合に被告告知者が補助参加人として関与するのは異なり、訴訟告知の訴えにおける被訴訟告知者は、完全な当事者として訴訟追行をする。

(参照条文)**第81条 原則**

- 1 訴訟告知をする当事者は、その者が敗訴の場合に訴訟告知を受けた者に対して有すると考える請求権について、主たる訴えが係属する裁判所において請求することができる。
- 2 訴訟告知を受けた者は、さらに訴訟告知の訴えを提起することができない。
- 3 簡易手続又は略式手続においては、訴訟告知の訴えを提起できない。

④許可手続

スイス民訴法82条は、訴訟告知の訴えのための許可手続を規定する。許可の申立ては、主たる訴訟の被告からは答弁書において、原告からはすでに訴状において、または後に再抗弁とともにのみなされることができ、その際には訴訟告知された者に対する法的要求と簡潔な理由づけが必要である(スイス民訴82条1項)。主たる訴えの相手方当事者及び被訴訟告知者は、裁判所が抗告によって取り消されうる許可についての訴訟上の処分及び、文書の変更のその他の進

(42) 民事訴訟法草案においては(同79条1項a)、被訴訟告知者に対する請求権が、主たる訴えと事実上の関係にあるべきことを明記されていた。Botschaft ZPO, a.a.O. (Fn. 6), S. 7284.

行を判断する前に、許可手続において法的審尋を保障される（スイス民訴82条2項から4項）。

許可手続においては、訴訟告知の訴えによって行使された請求権が主たる訴えの請求権の存在に依存しているかどうかのみを審査する。この段階では、主張された請求権の実体的審査は、なされてはいけない⁽⁴³⁾。スイス民訴法82条3項は、明文でも、訴訟の簡素化のためにスイス民訴法125条による訴訟指揮の可能性を指摘している。その際に、事後的な訴訟の分離が可能であるが、ここでは主たる訴訟の土地管轄は存在したままである。

(参照条文)

第82条 手続

- 1 訴訟告知の訴えの許可は、主たる訴訟における答弁書又は抗弁とともに申し立てられなければならない。訴訟告知をする者が訴訟告知を受ける者に対して有すると考える法的要求は、そこに記載され、簡潔に理由を付さなければならない。
- 2 裁判所は、相手方当事者及び訴訟告知を受けた者に意思表示のための機会を与える。
- 3 訴訟告知の訴えが認められるときは、裁判所は、その文書面交換の時期と範囲を決定する。125条の規定は留保される。
- 4 訴えの許可についての裁判に対しては、抗告により取り消すことができる。

(6) 訴訟行為・訴訟指揮

1. 訴訟行為

1) 概念

当事者の訴訟行為は、当事者の側から、訴訟の開始又は進行に必要であり、訴訟において効力を有する行為として理解される。その際に特に問題となるのが、法律文書の提出、予納金及び担保の支払い、審理への出頭である。当事者の訴訟行為は、ほとんどが一方的（片面的）である。しかし、双方的でもありえ、例えば管轄の合意、和解、調停の合意などは、双方的訴訟行為と言える。

2) 訴訟上の負担 (Last)

通常、当事者の訴訟行為は、強制されず、その行為はその当事者の利益において存在し、そのような行為についての不作為は、訴訟上の不利益をもたら

(43) BGE139Ⅲ67.

す。このことから、この関連において、当事者の訴訟上の負担が問題となる。訴訟上の負担は、例えば以下のような状況で問題となる。

(a) 一方当事者が期間内に申立てを提出し、もしくは一定の期間内に裁判所に出頭した場合には、欠席した当事者が欠席の不利益を負う。

(b) 被告への訴状の送達によって、訴訟係属負担（スイス民訴65条）が生じる。その時点後に訴えを取り下げた原告は、それに被告が同意しない限りで、それによって既判力が生じ、同一の当事者に対する同一の訴訟物についての第二の訴訟を排斥されるという不利益を負う。

(c) 主張責任及び証明責任を果たさない当事者は、場合によっては裁判所によって主張及び証拠の欠缺のために訴えを棄却される不利益を負う。

(d) 被告は、反論負担に基づいて、原告の事実の主張のうちどの主張を認め、どの主張を争うかを説明しなければならない。争わない者は、裁判所が当該事実の主張を考慮して、争わない事実について証拠手続をすることなく、裁判の基礎とされる不利益を負う（スイス民訴150条1項）。

(e) 証拠の提出に協力しない一方当事者は、その態度が証拠評価において判断されることを覚悟しなければならない（スイス民訴164条）。

(参照条文)

第150条 立証の対象

- 1 立証の対象は、法的に重要で、争いのある事実である。
- 2 慣習、地域の慣例及び財産法上の訴訟の場合には、外国法が立証対象となりうる。

第164条 不適切な拒否

一方当事者が不適切な方法で協力を拒否するとき、裁判所は証拠評価に際してこれを考慮する。

3) 訴訟上の義務

一定の当事者の行為又は行動による法律違反は、秩序過料によって罰せられることがありうる。この意味で、当該行為又は行動方法は、強制されているといえ、したがって、当事者の訴訟上の義務が問題となる。例えば、このような義務は、以下のような状況で問題となる。

(a) スイス民訴法68条4項により、裁判所は、代理人のいる当事者に、本人が行為するために出頭することを義務づけることができる。

(b) スイス民訴法128条1項により、当事者（及び第三者）は、裁判所の

手続において、礼儀に背くこと、又は事務を妨害することができない義務を負う。

(c) スイス民訴法204条により、当事者は、原則として本人が調停審理に出頭しなければならない⁽⁴⁴⁾。

2. 訴訟指揮

1) 訴訟運営

訴訟の開始は、当事者（原告）の事項であるが、訴訟が裁判所に係属すると、訴訟指揮は裁判所の義務となる⁽⁴⁵⁾。訴訟運営は、職権進行主義となる。裁判所は、終局判決まで、もしくは判決によらない手続の終了まで、訴訟に必要な措置をとる（スイス民訴124条1項）。それは、例えば、書面の交換を行い、インストラクション手続に召喚し、当事者と和解による合意を試み、審理手続で証拠を調べ、審理を指揮し、最終的に判決を下し、又は和解、訴えの放棄・認諾によって訴訟を終わらせることである。裁判所は、訴訟指揮の多くの段階で、可能な限り有意義で、簡易で、かつ迅速な訴訟の実施に尽くす責務がある。

2) 手続の迅速な準備と実施

スイス民訴法124条1項において、手続が迅速に準備され、実施されることを要求している。訴訟期間が長すぎることは、裁判所による手続の本質的な瑕疵を示すから、同法は、迅速な準備と実施を訴訟指揮の中心的な原則としている。それに伴い、適切な期間内に事件の判断を受けることへの憲法上の請求権は具体化されるのである。

3) 合議体構成員への訴訟指揮の委託

訴訟は、原則として州法により事件に管轄を有する裁判所によって指揮される。しかし、スイス民訴法124条2項により、合議体裁判所が管轄を有する限りで、訴訟指揮は、訴訟経済上の理由から、その構成員に委託されうる。州法は、事件の管轄の枠内で、委託の範囲を一般的に決定することができる。これに反しない限りで、裁判所は個々の事案において訴訟指揮を委託することがで

(44) BGE141 III 265.

(45) *Baker/McKenzie*, a.a.O. (Fn. 5), S. 517, (*Markus Affentranger*).

きる。委託は、包括的になされうるし、個々の訴訟行為に関係することもできる。その際、その委託は、すべての又は個々の訴訟指揮上の処分のみをも含むことができ、通常は、インストラクションの審理の実施をも含むうる。

証拠調べも、スイス民訴155条1項により、一人のもしくは複数の構成員に委託されうる⁽⁴⁶⁾。裁判所書記官への委託は許されない⁽⁴⁷⁾。重要な理由から、当事者は、裁判する裁判所による証拠調べを要求する権利を有する（スイス民訴155条2項）。

4) 当事者の合意形成

スイス民訴法124条3項は、裁判所が、判決手続においても、いつでも当事者間の合意（和解等）に導くことを試みることができることを規定している⁽⁴⁸⁾。この目的のために、裁判所は訴訟手続において、インストラクション審理を行うことができる（スイス民訴226条）。また、当事者の合意を導くため、裁判所はいつでも当事者にメディエーションの実施を勧めることができる（スイス民訴214条1項）。

（参照条文）

第124条 原則

- 1 裁判所は訴訟を指揮する。裁判所は、訴訟の迅速な準備及び実施のために、必要な訴訟指揮上の処分をする。
- 2 訴訟指揮は、裁判所の構成員の一人に委託することができる。
- 3 裁判所は、いつでも当事者間での合意を得ることを試みることができる。

5) 手続規律及び軽率な訴訟追行

裁判所の手続において礼儀を欠く者、または事務手続を妨害する者は、戒告又は1,000スイス＝フランまでの秩序過料が科せられる（スイス民訴128条）。この規定には、当事者及びその代理人のみならず、証人又は審理に関与する一般の第三者も該当する。裁判所は、さらに、審理からの排除を命じることができ、その命令の貫徹のために警察を呼ぶことができる（スイス民訴128条2項）。悪質または軽率な訴訟追行の際には当事者及びその代理人は、2000スイス＝フランまでの秩序過料を科せられ、それが繰り返される場合には、5000スイス＝

(46) Botschaft ZPO, a.a.O. (Fn. 6), S. 7314.

(47) *Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn. 2), S. 206.

(48) Botschaft ZPO, a.a.O. (Fn. 6), S. 7305.

フランまでの秩序過料に科せられる（スイス民訴128条3項）。それが可能で、合目的であるかぎりでは、当事者又は第三者は、秩序過料が言い渡されうることを警告される⁽⁴⁹⁾。秩序過料は、抗告により取り消されうる（スイス民訴128条4項・スイス民訴319条）。当該規定は、連邦裁判所の手続にも適当される（連邦裁判所に関する連邦法・Bundesgesetz über das Bundesgericht（BGG）33条）。

（参照条文）

第128条 手続規律及び軽率な訴訟追行

- 1 裁判所の手続において礼儀を欠く者、又は事務手続を妨害する者に対しては、戒告又は1,000スイス＝フランまでの秩序過料が科される。裁判所は、加えて審理からの排除を命じることができる。
- 2 裁判所は、その命令の実行のため警察を呼ぶことができる。
- 3 悪質または軽率な訴訟追行の際には、当事者及びその代理人に対して、2000スイス＝フランまでの秩序過料が科せられ、それが繰り返される場合には、5000スイス＝フランまでの秩序過料に科せられる。
- 4 秩序過料に対しては、抗告により取り消すことができる。

(49) BGE141 III 265.