

資 料

権利救済法システムの比較研究（6）

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（6）

松村和徳
吉田純平

スイス統一民事訴訟法の概要 (6)

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— 一以上51卷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 一以上52卷1号—
 - (5) 当事者・多数当事者訴訟
 - (6) 訴訟行為, 訴訟指揮 一以上52卷2号—
 - (7) 証拠法 一以上52卷3号—
 - (8) 判決効 一以上53卷1号—
 - (9) 上訴 一以上本号—

IV スイス民事訴訟における判決手続

(9) 上訴

A 概説

1. 上訴の概念と意義

1) 上訴の概念と意義

裁判においては、事実関係の確定、実体法の適用又は手続進行が、誤ってなされることが起こりうる。かかる場合には、法治国家主義の現れとして、上訴によってそのような誤りを正すための手続が認められる。上訴とは、裁判所の裁判を再審理し、場合によってはそれを改めるために、法律が当事者に認めた

特別の法的救済手段である⁽¹⁾。

しかし、上訴審は、単に個々の事案の再審理のみならず、実務及び法の形成の統一という役割をも担う。上訴という法的救済手段の必要性は、可能な限り正しい判決を当事者に保障する点にある⁽²⁾。そのためには、十分にしっかりとした上訴法が定められる必要があり、それが立法者の役割である⁽³⁾。他方、上訴は、訴訟の費用を増加させ、期間を延ばすことにもなりうる。この訴訟の長期化により、法的安定性の実現も遅れることになる。このことから、すべての裁判について包括的な再審理が予定されているわけではない⁽⁴⁾。

2) 上訴の種類

スイス法における上訴制度は、各州で様々に規定されていた。それを整理したのが、スイス統一民事訴訟法である。上訴の用語も様々で、Berufung (控訴)、Beschwrde (抗告)、Revision (再審) (Revisionはドイツ法では上告と訳されることが多いが、スイス法では内容が再審に近いことから、再審とした)、Erläuterung (説示)、Berichtigung (更生) が用いられている。立法段階での専門家委員会案では、主たる上訴としてAppellation, Rekurs, Beschwerdeの三種類が規定されていたが、意見聴取手続を経て、主たる上訴としては、控訴と抗告に限定された。その結果、連邦評議会教書 (Botschaft) は、上訴を以下の三つに区分した⁽⁵⁾。

-
- (1) *Spühler/Tenchio/Infanger*, Schweizerische Zivilprozessordnung, 3. Auflage. (2017), S. 1887 (Spühler). など参照。
 - (2) *Baumgartner/ Dolge /Markus/ Spühler*, Schweizerisches Zivilprozessrecht. 10 Auflage (2018) (des von OSCAR VOGEL begründeten Werkes), S. 397.
 - (3) *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn. 1), S. 1888 (*Spühler*).
 - (4) *Christoph Leuenberger/Beatrice Uffer - Tobler*, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. Auflage. (2016), S. 425. 正しい判決と時間と費用のコスト管理というこの二律背反的要請を、スイス統一民事訴訟法は、中間的方法によりその実現をめざしたとされる (Botschaft des Bundesrates zur Schweizerischen Zivilprozessordnung vom 28. 6. 2006 (Botschaft ZPO), BBl 2006, S. 7369., *Oberhammer/Domej/Haas* (Hrsg), Kurzkomentar Schweizerische Zivilprozessordnung, 2Aufl. (2013), S. 1343. (*Brunner*). 参照)。
 - (5) 詳細は、Botschaft ZPO (Fn. 4), S. 7369ff. 参照。

①控訴 (Berufung) (スイス民訴308条～318条)

控訴は、スイス民訴法では、本来的で、完全かつ通常の上訴として位置づけられている。完全な上訴とは、異議を申し立てられた裁判を、事実関係の認定という観点からも、法の適用という観点からも、上訴審が完全に再審理する権限を有する上訴を意味する⁽⁶⁾。また、通常の上訴とは、形式的確定力を有しない裁判に対する上訴を意味する。通常の上訴は、既判力及び執行力の確定を遮断する。このような上訴は、別の言葉でいうと、延長効 (aufschiebende Wirkung) があるという。確定遮断効のある上訴がなされた場合には、異議を唱えられた裁判を執行することもできず、他の手続における拘束力、すなわち既判力も認められない。確定遮断効のある上訴に際しては、当該法律上の基礎が存在するときは、個別の事案においては、仮執行が認められる (スイス民訴315条2項)。控訴の場合には、当然移審する。移審するのは、それによって事件が審級の意味で上位の審級に持ち込まれ、その上級審が上訴について裁判するときである。これが原則である。

控訴の場合には、制限された範囲で、新たな事実及び証拠を提出することができる。その点で、更新権を伴う上訴と言える。ここでは、異議が申し立てられた裁判を再審理するのみならず、その訴訟はむしろ上訴審においてさらに継続してなされる (続審制と言えようか)。

②抗告 (Beschwerde) (スイス民訴319条～327条)

抗告は、スイス民訴法では、補助的で、制限的かつ特別の上訴として位置づけられている。制限的上訴とは、一定の範囲において制限された再審理のみが要求された上訴をいう (不完全な上訴ともいわれる)。更新権を伴わない上訴といえる。この場合には、原則として不服を申し立てられた裁判を、第一審で主張され、証拠が出された事実のみを基礎に、再審理しうるのみである。そして、部分的に事実の確定が制限的にのみ再審理され又は不服として憲法上の権利の侵害のみが許される。この抗告以外には、連邦憲法裁判所への上訴である民事特別抗告 (Beschwerde in Zivilsachen) 及び緊急の憲法抗告 (subsidiäre Verfassungsbeschwerde) が制限的 (不完全な) 上訴である⁽⁷⁾。これらにおいて

(6) *Leuenberger/Uffer--Tobler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 426ff.

(7) 連邦裁判所の民事事件に関する上訴について (後述) は、*Christoph Hurni*, *Zum Rechtsmittelgegenstand im schweizerischen Zivilprozessrecht*, 2018, S. 98ff. など参照。スイス法の特徴となっているのは、最終的判決と最

は、原則として新たな事実の主張及び証拠方法を認めないのである。

また、抗告は「特別の上訴」とされるが、これは、上記控訴の場合の「通常の上訴」と対となる概念で、確定遮断効の無い上訴を意味する。したがって、既判力も執行力も遮断しない。確定遮断効の無い上訴にのみ服する裁判は、このことから、開示 (Rechtsöffnung) をすることができる (スイス債権回収及び破産法81条1項)。しかし、ここでは、個々の事案において、当該法律上の基礎が存在する場合には、執行力が妨げられる (スイス民訴325条2項)。抗告、民事事件における特別抗告、緊急の憲法抗告が、確定遮断効の無い上訴である⁽⁸⁾。

③再審 (Revision) 並びに説示 (Erläuterung), 更生 (Berichtigung) (スイス民訴328条~334条)

「再審 (Revision)」は、特定の要件の下で、(最終的) 判決を下した審級審がすでに法的確定力の生じた判決について新たに判断することをいう。再審をもって、法的確定力の生じた判決の改定が実現できるのであり、その点で、再審は実体的真実に資するとされている⁽⁹⁾。また、説示と更生は、判決の変更で

最終的でない判決概念の区分である。この概念は、同一審内部でのみ規定される。最終的判決となるのは、実体的かつ訴訟的な終局判決をいう。終局判決は、州の裁判所が争いのある請求を実体的に判断した本案判決の場合に存在することになる。訴訟判決も終局判決である。それ以外は、すべて最終的ではない判決となる。後述の州上級審の最終的判決は、この連邦憲法裁判所への上訴である民事事件における特別抗告 (BGG72条以下) 及び緊急の憲法抗告 (BGG113条以下) でもって取り消すことができるのである。このことは州の商事裁判所 (民訴6条) の第一審判決または州の上級裁判所への直接訴訟 (民訴8条) の終局判決についても原則的に妥当する。Baumgartner/Dolge/Markus/Spühler, (Fn. 2), S. 397f. 参照。

(8) また、上訴の区分として、修正的 (reformatorisch) 上訴と破棄的 (kassatorisch) 上訴概念が用いられることがある。修正的上訴とは上訴審が新たな裁判をなすことが認められる上訴をいう。破棄の上訴は、不服を申し立てられた裁判の認可の際に提起され、事件は原審に新たな裁判のために差し戻される。ここでは下級の裁判所は差戻判決に示された見解に拘束される。また、事件が再び上級の裁判所で審理されるときは、上級裁判所も拘束する。上級の州裁判所への控訴および抗告、並びに民事事件における特別抗告及び緊急の憲法抗告は、すべて修正的上訴でもあり、破棄的でもある (Leuenberger/Uffer--Tobler, a.a.O. (Fn. 4), S. 427. 参照)。

(9) Botschaft ZPO (Fn. 4), S. 7379. Oberhammer/Domej/Haas (Hrsg), a.a.O. (Fn. 4), S. 1397. 参照。

はなく、判決の明確化を目的とする⁽¹⁰⁾。例えば、判決主文が不明確、矛盾するあるいは不完全な場合に、裁判所が判決主文の事後的明確化を施す法的救済手段が「説示 (Erläuterung)」である⁽¹¹⁾。これに対して、「更生 (Berichtigung)」は、判決主文に記載や計算の誤りがある場合、当事者の表示に誤りがある場合などに行われる法的救済手段である。裁判所は、当事者の申立て又は職権により、判決の説示ないし更生をなすのである。再審は、特別の上訴として位置づけられているが、説示と更生は特別の救済で、固有の上訴ではなく、いわゆる法的救済手段とされている⁽¹²⁾。特別の上訴では、既判力も執行力の確定も遮断しない。また、再審、説示及び更生は、移審しない。これらの場合には、原裁判を下した裁判所自身が裁判をする。

2. 上訴制度の構造——二審制の原則——

スイス民訴法の上訴システムは、スイス民訴法と連邦裁判所に関する連邦法 (BGG, 以下「BGG」で示す) によって複線的に規律されている点に特色を有する。スイス民訴法と BGG は、できる限りすべての判決が連邦裁判所の再審理に服することを目指している。スイス民訴法制上の上訴には、BGG に規定される民事法上の上訴 (zivilrechtlichen Rechtsmittel des Bundesgerichtsgesetzes)、つまり、民事事件において州の上訴についての裁判に対して連邦裁判所に提起される上訴も属する。この民事法上の上訴には、BGG72条以下の民事特別抗告、BGG113条以下の緊急の憲法抗告、BGG121条以下の再審 (これは、民事事件の連邦裁判所の上訴判決に対して提起できるものである) がある。したがって、スイス民訴法制における上訴には、控訴、州の抗告、州の再審、連邦裁判所への民事特別抗告、緊急の憲法抗告及び民事事件の連邦裁判所の裁判に対する再審が存することになる。

BGG75条2項は、州が二つの審級を用意することを要求している。すなわち、スイス民事訴訟では、二審制が原則となる。スイス民訴法は、第一審の裁判に対して、上級裁判所への完全な上訴又は部分的には不完全な上訴を規定することになる。BGG111条3項によれば州の上級審は、少なくとも連邦裁判所

(10) Botschaft ZPO (Fn. 4), S. 7381.

(11) この概念については、Spühler/Tenchio/Infanger, a.a.O. (Fn. 1), S. 1986. (Horzog) 参照。

(12) Oberhammer/Domej/Haas (Hrsg), a.a.O. (Fn. 4), S. 1405. (Brunner) 参照。

と同じ認知 (Kognition) を有しなければならない⁽¹³⁾。州の上訴審 (かつての州の破棄裁判所) への上訴は、民訴法が規定するものではない。州の上級裁判所、又は第一審のみとなる州の裁判所の裁判は、不完全な上訴である民事特別抗告又は緊急の憲法抗告でもって、連邦裁判所での裁判を求めることができるのである。ほとんどの事件においては、これらによって、第二審への上訴をすることができる。第一審のみとなる州の裁判所のみが裁判する場合には、すべての場合において、連邦裁判所への上訴が認められる (BGG74条2項b)。

BGG 又はスイス民訴法は、以下のような場合に二審制の例外を認めている。

- イ) 連邦法により、州の裁判所が第一審のみとなる旨が規定されている場合 (BGG75条2項a, スイス民訴5条)
- ロ) 州の規則により、商事事件のための専門裁判所 (商事裁判所) の管轄が、第一審のみとなる場合 (BGG75条2項b, スイス民訴6条)
- ハ) 州の規則により、裁判所が州の第一審として、社会傷病保保険への追加保険についての事件について管轄を有する場合 (スイス民訴7条)
- ニ) 当事者の合意により、10万スイス=フラン以上の訴額の訴えが、直接上級の州の裁判所へ提起された場合 (BGG75条2項c, スイス民訴8条)

これらの場合においては、裁判所は、最初の、そして州の第一審裁判所となる。そのような裁判は、連邦裁判所に対してのみ不服を申し立てることができるのである。

3. 上訴の要件

1) 上訴の対象

上訴の対象となるのは個々の上訴で異なってくる。個々の上訴は、それぞれ裁判所の裁判の特定の種類に対して認められる (例えば、控訴は、州の第一審判決である終局判決、中間判決及び保全処分に対してなすことができる)。財産法上の訴訟においては、上訴の種類は、部分的に訴額による (後述)。

2) 上訴期間

上訴は、(基礎となる) 判決書の送達後一定の期間内に提起されなければならない (スイス民訴311条, 321条, BGG100条)。この期間は、送達の日から進行す

(13) BGG111条3条は、州の裁判所の審級に関して、連邦裁判所の前の審級で同95条から98条 (連邦裁判所への抗告理由についての規定) の不服を審理することができるものであることを規定する。

る（スイス民訴142条、BGG44条）。この期間の停止も可能である。スイス民訴法145条2項によれば、期間の停止は、通常手続及び簡易手続（Vereinfaches Verfahren）には適用されるが、しかし、略式手続（Summarisches Verfahren）には適用されない。この原則は、上訴手続においても妥当するとされる⁽¹⁴⁾。通常手続又は簡易手続において下された裁判に不服が申し立てられた場合、上訴の提起について及び上訴手続における訴訟行為について、期間の停止が認められる。しかし、略式手続の裁判に不服が申し立てられた場合、期間の停止は適用されない⁽¹⁵⁾。BGG46条によれば、連邦裁判所での民事訴訟における確定遮断効をもつ手続及びその他の保全処分の手続においては、手形取立てを除いて、期間の停止が適用される。

3) 費用の予納・担保

連邦裁判所法上の手続においては、BGG62条1項により、費用の予納がされなければならない。しかし、特別の理由が存在する場合には、この全部又は一部を放棄することができる。無償司法（司法救助）の認可は留保されている。他方、スイス民訴法98条によれば、裁判所は、原告に、推定される額までの裁判費用の予納を求める。同条は、州の上訴審に対して上訴を提起した当事者にも適用される。したがって、上訴は、原則として、上訴提起者が要求された手続費用の予納をした場合のみ開始される。

相手方当事者の手続費用を担保する理由が存在する場合には、上訴の開始は、この担保の提供にもかかってくる（スイス民訴99条、101条3項、BGG62条2項）。

4) 申立て要件

上訴は、十分な法的要求及び理由づけをして申し立てることになる（それぞれの上訴については、後述）。上訴を提起しようとする者は、権利保護の利益を必要とする。これは、不服との関連で考慮されている。上訴提起者は、不服を申し立てた裁判について、不服（不服の利益）を有しなければならないのである。不服とは、裁判の主文からのみ生じうるものであり、理由中の判断からは生じない。不服があるのは、主文が、提起された申立てと異なるときに存在す

(14) *Leuenberger/Uffer--Tobler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 430. 参照。

(15) BGE139 III 78. 参照。

る (BGG76条1項b)⁽¹⁶⁾。

上訴の提起には、原審の手續に關与した当事者及び補助参加人（及びその承継人）が上訴適格を有する (BGG76条1項a)。しかし、補助参加人が被参加人の意思に反して上訴を提起することはできない (スイス民訴76条2項参照)。

通常共同訴訟人は、他の共同訴訟人に關わらず、上訴を提起しうる。これに対して、必要的共同訴訟人は、通常、共同してのみ上訴を提起しうる (スイス民訴70条2項)。裁判が自らの権利に關連してくる第三者は、法律上の規定に基づいて、場合によっては上訴の提起について適格を有することになる。

4. 上訴の理由

上訴理由（控訴理由、抗告理由など）となるのは、そこで關連して誤ってなされた事実認定及び誤った法の適用である。事実認定の問題は、裁判において重要な事実が真実であるとされるかどうかの問題である。他方、法律問題は、認定された事実への法の適用の問題である。上訴理由は、ある上訴に認められた申立てに限定され、さらに上訴審の審理範囲も限定する。

事実認定の問題と法律問題の区別は、一定の場合には、困難を伴う。判例上、この区別が問題とされたのは、以下の場合である。まず、証拠評価と証明権の区別が問題とされた。事実認定の問題となるのは、証拠評価である。間接事実の評価並びに先行した証拠評価も事実認定の問題である。他方、証明権が侵害されたかどうかは、法律問題である。経験則に基づく確定の場合も問題となる。例えば、古い裁判において、連邦裁判所は、賠償責任訴訟において将来の身体損害について述べ、一般的な経験則から、自由業においては通常年金を受け取れる年齢を超えて労働すること及びこのことから原告が一般の年金を受け取れる年齢を超えて勤務不能となることなく生業に従事していることを認定した。この帰結は、法律問題とみなされている。他方、裁判所が、間接事実の評価に際してその経験則を用いるとき、証拠評価が問題となり、したがって、

(16) わが国におけるいわゆる「上訴（控訴）の利益」に該当するものである。そして、スイス法でも形式的不服説が採られていると言えよう。スイス裁判所法76条1項は、「民事事件における特別抗告」をすることができる者として、「(a) 前審の手續に關与したこと、または關与の機会を与えられなかった者」及び、「(b) 不服を申し立てられた裁判に特に關係し、その裁判の取消し、または変更に保護すべき利益を有する者」であることを規定する。

事実認定の問題となる⁽¹⁷⁾。損害概念及び利益の確定の場合にも、この区分は問題となった。判例上は、損害が当該法原則から算出されるかどうかは法律問題である。これに対して、裁判所が損害の存在及び範囲を正しく確定したかどうかは、事実認定の問題である⁽¹⁸⁾。利益の存在及び範囲の確定は、事実的な性質を有し、これに対して、利益の定義及び利益の算出の方法は、法律問題となる⁽¹⁹⁾。また、自然的因果関係が存在することの確定は、事実認定の問題である⁽²⁰⁾。因果関係の妥当性、すなわち、その因果関係が日常の事件の経過によって、特定の結果を引き起こすのに適切かどうかは、法律問題である⁽²¹⁾。契約関係訴訟においては、契約当事者の有効な意思（自然の合意）の確定は、事実認定の問題である。これに対して、経験則に基づく契約の解釈は法律問題である（規範的な合意）⁽²²⁾とされている。

5. 上訴手続における個別問題

1) 上訴の教示

スイス上訴制度の特色の一つに、判決文の中で上訴の教示をすることが義務づけられている点をまず挙げることができよう。つまり、第一審及び第二審の裁判において、その手続が上訴によって上級審で継続されうることを判決書の中で教示しなければならないのである（スイス民訴238条 f, 112条 1 項 d, BGG117条）。上訴の教示において指摘されるのは、上訴審、上訴期間及び関連する法規である。民事特別抗告に服する場合で、訴額の限界が規定されている場合には、訴額も挙げられなければならない⁽²³⁾。

判決文で教示されなければならない上訴としては、控訴、抗告、民事特別抗告、場合によっては緊急の憲法抗告がある。これに対して、再審、説示、更生は教示されない。

当事者の一方に、信義則上、誤った上訴の教示から不利益を生ぜしめること

(17) BGE126 III 10.

(18) BGE130 III 145.

(19) BGE134 III 306.

(20) BGE132 III 715.

(21) BGE128 III 22.

(22) BGE130 III 417.

(23) *Leuenberger/Uffer--Tobler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 434. 参照。なお、部分的に両当事者に許される上訴理由が指摘されることもある。

は許されない (BGG49条)。しかし、上訴教示の誤りを知っている者又は粗雑な訴訟上の不注意によってそれを看過した者については、この限りではない。それゆえ、誤った上訴教示に対して信頼していたとしても、瑕疵を判断するための法律の体系的な理解が十分であったときには、保護されない⁽²⁴⁾。

2) 不利益変更 (Reformaito in peius) の禁止

処分権主義から、上訴当事者が不服を申し立てられた裁判がどの範囲で再審理されるかを決定する。上訴審は、不服を申し立てられていない以上に再審理することは許されない。スイス民訴法でも、不利益変更禁止の原則 (BGE129 I 65) の適用があるのである。この不利益変更禁止の原則は、職権探知主義が適用されるとき又は相手方当事者が独自に上訴によってその申立てを貫徹しようと試みているときには妥当しない。

3) 上訴の取下げ・放棄

処分権主義に基づき、上訴を提起する者は、上訴審の裁判まで、これを全部又は一部取り下げることができる。原判決は、これによって、取り下げられた上訴の範囲で法的確定力を有する。また、上訴は、裁判の開示までに放棄することができる。つまり、スイス民訴法239条2項に基づき、当事者は、裁判の理由を要求しないときには、控訴又は抗告を放棄したものとみなされる⁽²⁵⁾。他方、職権主義が妥当する手続においては、理由づけられた裁判の存在前の控訴の放棄は顧慮されない⁽²⁶⁾。処分権主義に基づくことから、上訴の放棄は、原則として、裁判の開示 (スイス民訴239条) の前にもできる。しかし、この放棄は、人格権の許されざる制限と同視されるから (スイス民法27条2項)、(イ) 憲法上の権利の侵害の不服及び (ロ) 職権主義に服し、このことから当事者が訴訟物について処分することができない範囲では、前もって放棄することがで

(24) BGE141 III 270. 弁護士に代理されていない当事者は、通常、上訴教示を信頼することができ (10日の代わりに30日)、周知の法律を調べなくともよいとされる (BGE135 III 374)。

(25) 上訴の放棄は、「消極的訴訟要件」とみなされうる。Thomas Sutter-Somm, *Schweizerisches Zivilprozessrecht*, 2. Auflage (2012), N1315. Spühler/Tenchio/*Infanger*, a.a.O. S. 1890. (Spühler) など参照。

(26) BGE131 III 173.

きない⁽²⁷⁾。

4) 上訴手続における裁判の無償申請

上訴手続においては、無償司法が申し立てられなければならない(スイス民訴119条5項, BGG64条)。このことは、無償の新たな申請は、控訴又は抗告期間が経過したときには、通常はまだ裁判されていないことを意味する⁽²⁸⁾。

5) 上訴の転換 (Konversion)

不適法な上訴の、適法なものとして転換される場合がある。例えば、不適法な控訴を適法な抗告への転換することである。このような転換は、部分的には、適法な上訴の形式的要件が満たされ、相手方当事者の利益が保護されるべき状況である場合に認められる⁽²⁹⁾。

B. 州の裁判所における上訴システム

1. 控訴

1) 概念

控訴(スイス民訴308条以下)は、多くの州において本来的な上訴であった⁽³⁰⁾。完全な上訴であり、法律に基づいて確定遮断効(確定力及び執行力の確定遮断)を有するものであるのは、上述のとおりである。それは、修正的上訴である。他方、一部では破棄的上訴である⁽³¹⁾。控訴手続は、原則として第一審の判決の再審理及び修正に資するものである。

(27) BGE93 II 213.

(28) *Leuenberger/Uffer--Tobler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 436. 参照。したがって、上訴は、少なくとも、無償の司法がさらに継続することの現実性が存在する前に提出されなければならない。

(29) *Leuenberger/Uffer--Tobler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 436. 参照。なお、誤った上訴教示に基づき不適法な上訴が提起されたが、特に弁護士によって代理された当事者がこのことを当然に認識することができるときは、転換は許されない。

(30) *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn. 1), S. 1892, (Spühler).

(31) *Botschaft ZPO* (Fn. 4), S. 7369. 参照。また、修正的上訴と破棄的上訴との関係について *Hurni*, a.a.O. (Fn. 7), S. 155ff. も参照。

2) 控訴の対象

控訴の対象となるのは、州の第一審の終局判決又は中間判決⁽³²⁾(本案判決又は訴訟判決)である⁽³³⁾。それが通常手続、簡易手続、略式手続、又は家事事件手続のどれにおいて出されたかは問われない(スイス民訴308条)。また、それは、訴訟事件において下されたか、非訟事件において下されたかには関わらない⁽³⁴⁾。他方、訴訟指揮上の処分は、控訴の対象とならない。例えば、第一審の一部判決(BGG91条とは逆に、民事訴訟法においては明文で規定されていない)がそれである⁽³⁵⁾。保全処分についての第一審の裁判(スイス民訴308条1項b)もある⁽³⁶⁾。また、判例も、仮の処分に対しては控訴を提起できないとする⁽³⁷⁾。しかし、控訴は、相手方の尋問の後に出された保全処分に対しては認められる⁽³⁸⁾。

Botschaft ZPO⁽³⁹⁾によれば、スイス民訴法308条1項a及び236条1項の終局

(32) スイス民訴法237条1項に該当する裁判が中間判決にあたるのは、別の上級審の判断によって終局判決がもたらされ、相当な時間又は費用の浪費を節約することができる場合である(例えば、場所又は事物管轄、確認の利益、原則における責任、欠陥の通知の適時性、時効についての裁判など)。中間判決は、後に、終局判決によってもはや不服を申し立てられなくなる(スイス民訴237条2項)。スイス民事訴訟法における中間判決の概念は、BGG93条のそれより狭い。

(33) *Oberhammer/Domej/Haas* (Hrsg), a.a.O. (Fn. 4), S. 1347ff. (*Brunner*); *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn. 1), S. 1892ff. (*Spühler*) 参照。

(34) 非訟手続における裁判に対しても控訴が認められる(BGE139Ⅲ225)。

(35) 一部判決は、スイス民訴法125条bに基づき、併合された訴え又は通常共同訴訟の訴えが分離され、これらについて別々に裁判されたときに下されるものである。このような裁判は、終局裁判とされ、抗告によって不服を申し立てることができる。

(36) 保全処分は、スイス民訴法の用語に従えば、終局判決でも中間判決でもないが、これはBGG90条及び同93条についての連邦裁判所の判例とは異なるものであり、そこでは、それは、一部では終局判決として、一部では中間判決として扱われる。

(37) BGE140Ⅲ289。

(38) 裁判所が、相手方当事者の尋問の後にて全ての必要な理由について定めず、しかし新たな措置の裁判を出した場合には、これは、もはや仮の処分ではなく、保全処分でもない。このような「中間判決」は、判例によれば、通常の保全処分のように、控訴によって不服を申し立てられない(BGE139Ⅲ86)。

(39) Botschaft ZPO (Fn. 4), S. 7371。

判決は、BGG90条の該当する概念と一致して理解される。この解釈に従うならば、手続を完結させる全ての判決は（スイス民訴308条に明文で挙げられているのみならず）、終局判決としてみなされる⁽⁴⁰⁾。

このほか、判例によれば、原状回復の拒否の裁判⁽⁴¹⁾及び調停手続の消滅の裁判⁽⁴²⁾に対しても、控訴を提起しうるとする。その他に、控訴の対象となるものとして、学説の一部では対象喪失による裁判所の手続の取消しも、控訴できる終局判決としてみなされる⁽⁴³⁾。議論があるのは、補助参加の許否の裁判である。スイス民訴法74条によれば、ある者が補助参加人として係属する訴訟に関与することができ、この目的のために裁判所に補助参加の申立てをすることができる（スイス民訴75条）。この申立人について、補助参加の不許は、補助参加人として訴訟に関与する可能性を終了させるものである。したがって、一部では、そのような不許可の裁判は、申立人について終局的な裁判となり、出された訴額について控訴によって不服を申し立てられうることが議論される。BGG90条によれば、このような裁判は、終局判決となる。しかし、スイス民訴法75条2項は、補助参加の申立てについての裁判は、明文により、抗告でのみ不服を申し立てることができるとする（それによれば訴訟指揮上の処分であ

(40) しかし、個々の場合において、この他の終局判決の概念がスイス民訴法の文言及び体系と折り合うかどうか吟味されなければならないとされる。*Leuenberger/Uffer--Tobler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 438.

(41) 連邦裁判所は、原状回復の拒否は、調停裁判所（又は第一審裁判所）が手続をすでに終結しており、調停手続の浪費により出訴期間を逸した場合には、終局判決となるとした。この場合においては、相応の訴額の場合の原状回復の消極的裁判は、終局判決として控訴で不服を申し立てうるとする（BGE139Ⅲ478.）。

(42) 連邦裁判所は、原告当事者の行方不明（スイス民訴206条1項）に基づいた対象の喪失による調停手続の消滅は、特別な種類の訴訟進行上の処分であると判示した（BGer 4A 131/2013 E. 2.2.2.2.）。これは、スイス民訴319条bにより、その処分によって容易に保障されない不利益の恐れがあるときには、抗告に服する。このような不利益は、出訴期間が徒過してしまうような場合に生じる。BGE139Ⅲ478E6. 3によれば、ここでは、控訴の終局判決又は不服申立ての終局判決が問題となる。

(43) *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn. 1), S. 1893, (Spühler). なぜなら、和解、請求の認諾、又は放棄に基づく単なる宣言的な取消しとは異なり、対象喪失に基づく取消しは、設権的であり、不開始の裁判と比較されうるものだからである。

る)⁽⁴⁴⁾。

前述の挙げられた要件が満たされるときでも、以下の裁判は、明文の規定により、控訴によって不服を申し立てることはできない⁽⁴⁵⁾。①10,000スイス=フラン以下の訴額の財産法上の民事事件⁽⁴⁶⁾、②執行裁判所の裁判（スイス民訴309条 a, 338条以下）、③一定の債権回収法上の事件で、略式手続において出されたもので、迅速な裁判への利益が存在する場合（スイス民訴309条 b）⁽⁴⁷⁾、④州の審級が1審のみ裁判（スイス民法5条から8条）、⑤直接訴訟を終了させる和解、請求の放棄、又は認容のような裁判の代替物、である。

(参考条文試訳)

第308条 (不服申立てのできる裁判)

- 1 控訴によって不服を申し立てることができるのは、以下の裁判（判決）である。
 - a. 第一審の終局判決及び中間判決
 - b. 保全処分に関する第一審の終局判決
- 2 財産法上の事件においては、最終的に維持された法的要求の訴額が、少なくとも10,000スイス=フランに達するときのみ、控訴は、適法となる。

第309条 (例外)

控訴は、以下に掲げる事項に対する場合には不適法となる。

- a. 執行裁判所の裁判
- b. 債権回収法における以下の事件

(44) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 439. 参照。なお、訴訟告知の訴えの不許についての裁判については、連邦裁判所は、訴訟告知の訴えの許可も不許も、抗告でもってのみ不服を申し立てられうると判示する (BGer 5A 191/2013 E. 3)。なぜなら、スイス民法82条4項は、明文で、許可についての裁判は、抗告によって不服を申し立てられると述べているからである。

(45) *Oberhammer/Domej/Haas* (Hrsg), a.a.O. (Fn. 4), S. 1348f. (*Brunner*) 参照。

(46) この場合において、訴額としては、第一審裁判の時点においてなお争われている額が適用される (スイス民訴308条2項)。この訴額による限度は、そのほかに財産法上の事件における保全処分、又は仮差押えについても妥当する。これに対して、財産法上ではない事件では、常に控訴が認められる。*Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 440.

(47) 権利の停止の破棄、事後的な法的提案の承認、法的開示、取立ての破棄、又は停止、仮差押え、手形取立における法的提案の承認、回収及び破産法により破産及び遺産裁判所の管轄において出された裁判などがこれに該当してくる。

1. 中断の取消し（債権回収法57条 d）
2. 事後的権利提案の付与（債権回収法77条）
3. 法的開示（債権回収法80～84条）
4. 取立ての取消し又は停止（債権回収法85条）
5. 手形の取立てにおける法的提案の認可（債権回収法185条）
6. 仮差押え（債権回収法272条及び278条）
7. 破産裁判所又は遺産裁判所の管轄内での債権回収法に基づき下された判決

3) 控訴理由

控訴によって、完全な上訴の意味で「不当な法適用」及び「不当な事実関係の確定」を主張することができる（スイス民訴310条）⁽⁴⁸⁾。「不当な法適用」という控訴理由は、包括的に理解されるべきである⁽⁴⁹⁾。「不当な法適用」としては⁽⁵⁰⁾、（イ）民事訴訟法自体の不当な適用、（ロ）連邦実体法の不当な適用、（ハ）州の実体法の不当な適用、（ニ）民事事件の裁判のために考慮される限りで、公法（憲法や行政法）の不当な適用、（ホ）外国法の不当な適用及び不適用⁽⁵¹⁾がある。職権による法適用の原則は、原則として第二審の（州の）裁判所における上訴手続においても妥当する。このことから、上訴審は、具体的に不服のある法適用のみを審理するべきということに限定されない。しかし、上訴提起者は、不服のある裁判について、どの点において第一審の裁判が不当であると考えているかを説明して述べなければならない。

控訴審も、自由な事実認定を行う。したがって、控訴審は、前審の事実認定に拘束されない⁽⁵²⁾。「不当な事実関係の確定」には、（イ）証拠の誤った評価、（ロ）ある事実が不当に主張され又は主張されていないことを認めること、（ハ）ある主張が不当に争われ又は争われず、それによって証拠が必要とならないことが該当してくる。（イ）～（ハ）の場合があれば、第一審の裁判所は

(48) *Oberhammer/Domej/Haas* (Hrsg), a.a.O. (Fn. 4), S. 1351f. (*Brunner*) 参照。

(49) 法の不適用も、不当な法適用に含まれる。*Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn. 1), S. 1898, (*Spühler*) .

(50) *Leuenberger/Uffer--Tobler*, r, a.a.O. (Fn. 4), S. 441.

(51) スイスの国際私法の規定の違反において、外国法が不当に適用され、または適用されないときは、外国法も間接的に連邦法に属している、といえる。*Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn. 1), S. 1899, (*Spühler*) .

(52) 抗告審は、これと異なり、前審の事実認定を覆すことは制限される。*Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn. 1), S. 1899, (*Spühler*) .

不当に重要な事実を確定したと主張することができるのである。また、第一審手続を規定する手続原則は、一般的原則として控訴手続にも引き続き妥当するから、スイス民訴法55条1項により弁論主義は、職権探知主義が適用されない限りで(スイス民訴法55条2項)、控訴手続においても考慮されなければならない。このことから、事実関係の不当な確定は、弁論主義が妥当する限りで、当事者から指摘されなければならない。職権探知主義の範囲内では、控訴審は、不当な事実認定を職権で修正することができる⁽⁵³⁾。

(参考条文試訳)

第310条 (控訴理由)

控訴により、以下の事項を主張することができる。

- a. 不当な法適用
- b. 不当な事実関係の確定

4) 控訴の効果

①確定遮断効

控訴は、原則として、法律により確定遮断効を有する(スイス民訴315条1項)。

確定遮断効が生じないのは、反論権についての裁判及び保全処分についての裁判に対する控訴である。判例において、以下の点につき確定遮断効が問題となった⁽⁵⁴⁾。すなわち、①スイス民訴315条4項によって反論権及び保全処分についての裁判に対する控訴が確定遮断効を有さない場合、それは、執行力のみが生じ、しかし、形式的確定力は生じない(BGE139Ⅲ486)とされる。②連邦裁判所は、婚姻保護措置を保全処分とみなし、この場合には、スイス民訴法315条4項bにより確定遮断効は生じないとした(BGE137Ⅲ475)。また、③保全処分が、終局的効力をもちうるような給付の措置を含む場合で、控訴がはじめるから明らかに理由がなく又は不当なものとみなされるときには、執行力の猶予のみが拒絶される(BGE138Ⅲ378.)。④児童の監護についての保全的裁判に不服が申し立てられたとき、連邦裁判所は、確定遮断効の問題に際して、それまでの状況の維持に相当の重きを置いている。なぜなら、将来の仮の監護の変更は、子の福祉を害するからである。確定遮断効は、例えば、不服を申し立てられた第一審の裁判の執行が子の福祉を害し、又はそれが明らかに維持できな

(53) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 442.

(54) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 442f.

いように見える場合に認められる (BGE138Ⅲ565)。

控訴は、不服を申し立てられた裁判の確定力と執行力を申立ての範囲でその確定を遮断する (スイス民訴315条1項)。第一審の裁判が不服を申し立てられない限りで、部分的な確定力が生じ、執行することができる⁽⁵⁵⁾。

②仮の執行力

上訴審は、控訴によって不服を申し立てられる裁判について早期の執行を認めることができる (スイス民訴315条2項)。法的確定力は確かに上訴によって常に妨げられる⁽⁵⁶⁾が、しかし、第一審の裁判は、控訴手続に関わらず、最終的な債務主義となり、執行することができる (債権回収及び破産法79条)。仮の執行力は、第一の裁判の際に第一審の裁判の立証が極めて確からしいと思われるときに、認められる。これは、とくに明らかな事件における権利保護 (スイス民訴257条) で生じうるが、他の裁判においても考慮されうる。上訴審が仮の執行力を認める際には、担保の措置又は担保の提供を命じることができる。金銭の支払いを命じる裁判の際には、一部の額についてのみ執行できることを明らかにすることができる⁽⁵⁷⁾。

スイス民訴法315条3項により、形成判決の場合には確定遮断効は奪われえない。したがって、形成判決は、法的安定という理由から、控訴が係属している場合に、確定力を生じえないといわれる。それは、例えば、離婚は控訴審裁判によって取り消されるという危険を伴うにもかかわらず、離婚がすぐに確定力を有することは考えられないのである。

(参考条文試訳)

第315条 (確定遮断効)

- 1 控訴は、申立ての範囲において、不服を申し立てられた裁判の確定力及び執行力を妨げる。
- 2 控訴審は、仮執行を認めることができる。必要がある場合には、上訴裁判所は保全処分又は担保の提供を命じる。
- 3 控訴が形成判決に向けられる場合には、確定遮断効は失われえない。
- 4 次に掲げるものについての裁判に対する控訴は、確定遮断効を有しない。

(55) 確定遮断効の生じない部分については、後述の「仮の執行力 (vorzeitige vollstreckung)」が生じる。

(56) 控訴が、一部にのみなされた場合、当該判決の他の部分については既判力および執行力が生じる。

(57) 以上の記述につき、Leuenberger/Uffer-Tobler, a.a.O. (Fn. 4), S. 443.

- a. 反論権
 - b. 保全処分
- 5 関係当事者に容易に償われえない不利益の危険がある場合には、保全処分の執行は例外的にこれを停止することができる。

5) 控訴の手續

①手續の概要

一般的な手續原則（本稿Ⅳ（2））は、控訴手續においても引き続き適用され、スイス民訴55条1項により、弁論主義は、職権探知主義が妥当しない限りで（スイス民訴55条2項）、控訴手續においても適用される。

スイス民訴法311条により、控訴は、文書で、理由を附して提起されなければならないし、控訴の提起は、法的要求をも含まなければならない⁽⁵⁸⁾。この要求は、修正的でなければならず、すなわち、単なる破棄の申立てでは十分ではない。第一審の申立てと同様に、法的要求は、場合によっては額を特定しなければならない（BGE137Ⅲ617）。また、控訴原告は、不服を申し立てられた裁判を説明し、第一審の裁判がどのような点で不当と考えるかを述べなければならない⁽⁵⁹⁾。このような控訴原告の義務は、職権主義が妥当する手續においても認められる（例えば、スイス民訴247条2項）。

そのほかに、当事者は、弁論主義が妥当する限りで、どの不当な事実関係の確定が控訴審において再審理されなければならないかを示さなければならない。理由づけの要請の度合いは、様々である。控訴が通常手續での裁判に対して向けられたときは、簡易手續での裁判が再審理されるときよりも、理由づけの要請が高いといえる。単なる原審の記録を指摘するだけでは、不十分である

(58) これは、当事者が負う一般的な理由づけ義務（Substantiierungspflicht）に基づくものである（スイス民訴221条など参照）。Oberhammer/Domej/Haas（Hrsg.）, a.a.O.（Fn. 4）, S. 1353f.（Brunner）参照。

(59) 第一審で述べられた陳述を指摘し、不服を申し立てられた裁判への一般的な批判に制限することでは十分ではない（BGE138Ⅲ374）。したがって、控訴手續においては、理由づけの義務が妥当するが、しかし、民事事件における特別抗告のように不服の義務は妥当しない（BGer 5A 62/2014 E. 2. 2.）。加えて、上訴手續においては、法は職権で適用されなければならないという原則も適用され、控訴審の審理の対象は、法的観点において、主張された権利侵害に限定されない。

とされた⁽⁶⁰⁾。弁護士に代理されていない当事者についても、不服を申し立てられた裁判の最低限の説明が必要である。十分な理由づけを欠くときは、控訴は却下される。

控訴は、上訴審に原裁判の送達又は裁判理由の文書による事後的な送達（スイス民訴239条2項）から30日以内に提起されなければならない（スイス民訴311条・控訴期間）。略式手続の裁判に対しては、10日の控訴期間となる。原審へ適時に控訴の提起（*iudex a quo*）があった場合、控訴提起者の不利益とならない⁽⁶¹⁾。そのような場合には、上訴期間は遵守されたとみなされる。原審は、上訴の提起を即座に管轄のある上訴審へ取り次がなければならないとするのが判例である（BGE140Ⅲ636）。

上訴審は、控訴が明らかに不適法か又は明らかに理由がない場合を除いて、控訴状を相手方当事者に文書での態度表明のために送達する（スイス民訴312条1項）⁽⁶²⁾。控訴答弁のための期間は、30日である（スイス民訴312条2項）。略式手続の裁判に対する控訴が提起されたときは、控訴答弁書の提出のための期間は10日となる（スイス民訴314条1項）。この期間は、法律上のものであり、延長することはできない。一方当事者が、他方当事者が控訴を提起しようとする事件について当事者補償のための担保の申立てをしようとする場合には、この申請は控訴期間の経過前になされ、又はさしあたり控訴の場合には担保の申立てをすることを通知されることに意義がある。控訴状は、担保の申立てが拒絶され、又は命じられた担保が支払われたときに、はじめて文書での態度表明のために送達される（担保が支払われないとき、控訴は開始されない）。しかし、控訴答弁書のための期間の進行は、担保の申立てによって中断されない⁽⁶³⁾。

スイス民訴法316条2項により、控訴審は、二度目の書面交換を命じう

(60) Botschaft ZPO (Fn. 4), S. 7373.

(61) Botschaft ZPO (Fn. 4), S. 7372.

(62) 控訴が明らかに不適法な場合としては、明らかに控訴期間を過ぎている場合や、明らかに必要な訴額に達していない場合がある。Botschaft ZPO (Fn. 4), S. 7373. 明らかに理由がない場合は、まずは理由を欠いている場合が典型的であるが、そのほかには、法的審問権の保障の観点から、「明らかに」理由を欠く場合でなければ、これに当たらない。*Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn. 1), S. 1905, (*Spühler*).

(63) BGE141Ⅲ534. ; *Oberhammer/Domej/Haas* (Hrsg), a.a.O. (Fn. 4), S. 1356f. (*Brunner*) 参照。

る⁽⁶⁴⁾。しかし、当事者は、これが行われることを放棄することはできない。なぜなら、二度目の書面交換の実施は、裁判所の裁量によるからであるとされている (BGE138Ⅲ252)。

再抗弁権に基づき、控訴原告は、遅滞なく、すなわち通常は遅くとも10日以内に控訴答弁書に対して応答しなければならない。控訴答弁書においてなされた新たな主張が争われるときは、そのような申立ては、再抗弁の中でなされなければならない⁽⁶⁵⁾。しかし、この再抗弁権の行使は、すでになされた批判の補完や完全に新たに申し立てることに役立たないとされている⁽⁶⁶⁾。控訴手続において訴えが変更された場合には、相手方当事者は、その事件毎に態度表明のための期間を設定されなければならないとするのが判例である (BGE142Ⅲ48)⁽⁶⁷⁾。

上訴審は、弁論を実施し、又は、記録に基づいて裁判する (スイス民訴316条)。弁論を開くかは、裁判所の裁量による⁽⁶⁸⁾。また、インストラクション審理をすることもできるが、義務ではない。弁論は、適法な証拠申出による証明に基づいて調べられるとき、又は、裁判所が特に職権探知主義の手続に際して問題が生じるときになされ、そこでは、あらたな事実及び証拠方法は、制限的のみに考慮することができる。上訴審は、第一審ですでに調べた証拠を新たに調べ、又は第一審で認められなかった証拠もしくは他の証拠を調べることができる。しかし、スイス民訴法316条3項によれば、証拠手続の再開への権利は存在しない⁽⁶⁹⁾。略式裁判への不服申立ての際には、通常は文書による手続がなされる。

上訴審は、不服を申し立てられた裁判を支持することができるし、新たに裁判することができ (場合によっては追加の証拠調べの後に)、また、事件を新たに裁判するために第一審に差し戻すこともできる (スイス民訴318条1項)。

(64) 二度目の書面交換の意義については、本稿Ⅳ(4)4「比較法学」52巻1号151頁以下参照。

(65) BGer 4A 747/2012 E. 3. 3. *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 446. 参照。

(66) BGer 4A 619/2015 E. 2. 2. 4. *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 446. 参照。

(67) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 446. 参照。

(68) *Baker/McKenzie*, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2010, S. 1161, (*Reich*).

(69) BGE138Ⅲ374. *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 449. 参照。

差戻しは、訴えの重要な部分が判断されていないか、事実関係が重要な部分において補完されなければならない場合にのみ認められる（スイス民訴318条1項c）。このような場合においては、当事者は、当事者が審級を失わないという、差戻しへの利益を有するのである。差戻しの際には、「できる」規定が問題となる。上訴審は、第一審の裁判における重要な欠缺の場合にも自身で裁判する自由を有し、特に当事者が差戻しを要求していないときであってもそうである。

上訴審は、その裁判を常に文書による理由づけを伴って開示しなければならない（スイス民訴318条2項）。文書による理由づけを伴わない開示をする可能性は、第一審に限定されている（スイス民訴239条）。

（参考条文試訳）

第311条（控訴の提起）

- 1 控訴は、理由の附された判決書の送達から30日以内又は事後的な裁判理由の送達から30日以内に上訴裁判所に対して、書面でかつ理由を附して提起しなければならない。
- 2 不服を申し立てられた判決書は、これを添付しなければならない。

第312条（控訴に対する応答）

- 1 上訴裁判所は、相手方当事者に、書面による態度表明をなさしめるために、控訴状を送達する。但し、控訴が明らかに不適法であり又は明らかに理由がないときにはこの限りでない。
- 2 控訴に対する応答の期間は30日とする。

第316条（上訴審における手続）

- 1 上訴審は、審理の実施して又は記録に基づいて、裁判することができる。
- 2 上訴審は、二回目の書面交換を命じることができる。
- 3 上訴審は、証拠を調べることができる。

第318条（裁判）

- 1 上訴審は、次に掲げることをなすことができる。
 - a. 不服を申し立てられた判決を承認すること
 - b. 新たに判決をすること
 - c. 以下に掲げる場合に事件を第一審へ差し戻すこと
 1. 訴えの重要な部分が判断されていない場合
 2. 重要な部分において事実関係が補完されなければならない場合
- 2 上訴審は、その判決を文書による理由づけとともに開示する。
- 3 控訴審が新たに判決を下した場合、控訴審が第一審の手続費用についても裁判する。

②控訴手続における新たな事実及び証拠方法⁽⁷⁰⁾

控訴手続において新たな事実及び証拠方法提出は、それが遅滞なく提出され、要求されうる注意にもかかわらず第一審で提出することができなかった場合にのみ、考慮されうる（スイス民訴317条1項）。スイス民訴法は、本来的な更新禁止原則は採用していないといえるが、新たな事実はなお限定的に提出できるにすぎないのである⁽⁷¹⁾。「遅滞」の判断については、新たな事実及び証拠方法が控訴状又は控訴答弁書において含まれているときには、新たな事実は遅滞なく提出されたといえる。なぜなら、不服を申し立てられた裁判への他のすべての異議事由と同様に新たな事実や証拠方法も原則として最初の書面交換で申し立てられるべきだからである。このことは、当事者が控訴手続において控訴審理の実施を当てにできない場合にはより一層妥当する。控訴状又は控訴答弁書の提出の後の新たな事実及び証拠方法が発見された場合には、それらを、通常は遅くとも10日以内に、新事実の申立てにおいて、裁判所に認識させるために持ち出されなければならない。このことは、新たな事実が、控訴答弁書において提出された陳述への応答として提出されるようとするときも妥当する。

連邦裁判所の判例によれば、新たな事実及び証拠方法の制限は、職権探知主義が妥当する場合にも適用される⁽⁷²⁾。しかし、このことは、確かに様々に批判されている⁽⁷³⁾。

スイス民訴法317条1項は、ありうる新たな事実及び証拠方法を遅くともいつまでに提出しなければならないかについて規定していない。しかし、判例によれば、控訴手続が裁判審理の段階に移行したときは、真正の *Noven* も不真正の *Noven* も提出は拒否される⁽⁷⁴⁾。確かに、実務においては、裁判審理のいつの時点かは常に明らかなわけではない（例えば循環裁判、又は単独裁判官の裁判の場合）。裁判所の、裁判審理に移行したことの通知は、判決文作成の前に行われるべきである。したがって、より早い時点において新たな事実及び証拠

(70) 新たな事実 (*Noven*) の意義については、本稿IV (4) 5)「比較法学」52巻1号156頁以下参照。また、*Hurni*, a.a.O. (Fn. 7), S. 52ff., S. 72ff. も参照。

(71) *Oberhammer/Domej/Haas* (Hrsg), a.a.O. (Fn. 4), S. 1367. (*Brunner*), *Hurni*, a.a.O. (Fn. 7), S. 72ff. など参照。

(72) BGE138 III 625. *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 447. 参照。

(73) 統一民事訴訟法の制定以前から争われてきた。立法過程等については、*Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn. 1), S. 1917, (*Spühler*). 参照。

(74) *Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 447. 参照。

方法が拒否され、それによってもはや適切でない基礎に基づいて裁判してはならないのである。

③控訴審における訴えの変更

控訴審における訴えの変更は、スイス民訴法227条1項による要件を満たし、加えて新たな事実及び証拠方法を引用する場合にのみ許される（スイス民訴317条2項⁽⁷⁵⁾）。したがって、控訴手続における訴えの変更は、民訴法230条1項による第一審における Aktenschluss の後の訴え変更と同じ要件の下で許されるのである。

(参考条文試訳)

第317条（新たな事実、新たな証拠方法及び訴えの変更）

- 1 新たな事実及び証拠方法は、次に掲げる場合にのみ考慮される。
 - a. 遅滞なく提出される場合
 - b. 要求可能な注意にもかかわらず、第一審において提出することができなかった場合
- 2 訴えの変更は、次に掲げる場合にのみ許される。
 - a. 第227条第1項の要件を満たす場合
 - b. 新たな事実及び証拠方法を用いるとき

④附帯控訴

一方当事者が上訴を提起しないことを決め、しかし、他方当事者が控訴によって不服を申し立てた場合、さしあたり控訴を提起しなかった当事者は、他方当事者の控訴に付け加えること（附帯控訴）ができる（スイス民訴313条）。これによって、その当事者は、原判決を自身に有利に、そして、控訴原告の有利にのみではなく変更されることを達成することができる。不利益変更禁止の原則はこれによって失われる⁽⁷⁶⁾。第一審の裁判に対して部分的に控訴した一方当事者も、相手方がその側で控訴を提起した場合には、追加的な附帯控訴をす

(75) 反訴は、訴えの変更ではなく、控訴手続においてはもはや許されない。*Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn. 1) S. 1920, (*Spühler*). *Oberhammer/Domej/Haas* (Hrsg), a.a.O. (Fn. 4), S. 1367. (*Brunner*) 参照。

(76) 例えば、第一審裁判所が10万スイス＝フランの訴えについて半分を認容した場合、被告は、（自身では控訴を提起していない場合）、附帯控訴によって、訴えがより広範囲に棄却されるという結果を得ることができるのである。*Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. S. 448. 参照。

ることができる⁽⁷⁷⁾。上訴審は、スイス民訴312条の類推適用により、主たる控訴原告に送達されなければならない、3日以内に、それに関与する機会を与えなければならない⁽⁷⁸⁾。

附帯控訴は、独立したものではなく、元来の控訴に附随するものである。すなわち、上訴審が控訴手続を開始しない場合、明らかに理由がないとみなされるとき又は控訴が裁判審理の開始前に取り下げられたときには、附帯控訴は失効する（スイス民訴313条2項、BGE138Ⅲ788）。それによって、附帯控訴は、控訴を取り下げるための確実な強圧手段となる。控訴の取下げによって、控訴を宣言した当事者は、少なくとも第一審手続の結果を確保することができる。

(参考条文試訳)

第313条（附帯控訴）

- 1 相手方当事者は、控訴に対する答弁書において、附帯控訴をすることができる。
- 2 附帯控訴は、次に掲げる場合には失効する。
 - a. 上訴審が控訴に立ち入らない場合
 - b. 控訴が明らかに理由がないもとして却下される場合
 - c. 判決審理の開始前に控訴が撤回される場合

2. 抗告

1) 概念

抗告は、原則として確定遮断効を有しない、不完全な上訴である。それは、修正的であり、一部では破棄的である⁽⁷⁹⁾。個々の事案においては、第三者も、当該裁判を抗告でもって不服を申し立てることができる。抗告は、前述の控訴との関連では、控訴を補完する役割を有する⁽⁸⁰⁾。

2) 抗告の対象

抗告の対象となるのは、まず①控訴できない終局判決及び中間判決及び控訴できない保全処分である（スイス民訴319条a）。②訴訟指揮上の処分⁽⁸¹⁾（スイス民訴319条b）、③その他の第一審の裁判⁽⁸²⁾（スイス民訴319条b）、④法的遅滞

(77) BGE141Ⅲ302.

(78) BGE138Ⅲ568.

(79) *Leuenberger/Uffer--Tobler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 450.

(80) *Baker/McKenzie*, a.a.O. (Fn. 68), S. 1174, (*Reich*).

(81) 以下の処分が挙げられている。(イ) 除斥（スイス民訴50条）、(ロ) 補助

(Rechtsverzögerung) である。

①について問題となるのは、「訴額が10,000スイス＝フランに満たない財産法上の訴訟（保全処分）における裁判」である。これには、調停機関がスイス民訴法212条の適用においてする裁判も含まれる。裁判でないものとして、和解、請求の放棄、又は請求の認諾がある。これらは、直接訴訟を終了させるものである。また、「スイス民訴法309条により明文で控訴が排除されている裁判」、すなわち、執行裁判所の裁判及び略式手続において下された一定の債権回収法上の事件で法的開示、仮差押え、及び破産裁判所及び遺産裁判所において出された裁判が抗告の対象となる。

②については、第一審の訴訟指揮上の処分は、当然、法律において明文で規定されているときには、抗告が認められる。これに対して、他のすべての訴訟指揮上の処分に対しては、その裁判に対する上訴が提起されうるまで不服申立てを待っているのは容易に回復することができない不利益が生ずる恐れがある場合にのみ許される（スイス民訴319条 b）⁽⁸³⁾。

なお、訴えの認可は、訴訟指揮上の処分にはあらず、抗告によって不服を

参加の許可（スイス民訴75条2項）、(ハ) 訴訟告知の訴えの許可（スイス民訴82条4項）、(ニ) 予納及び保証の支払いの確定（スイス民訴103条）、(ホ) 無償の司法の拒絶（スイス民訴121条）、(ヘ) 手続の中断（スイス民訴126条2項）、(ト) 関連性がある場合の移送（スイス民訴127条2項）、(チ) 家族法上の事件における子の聴取の拒絶、及び子の代理の不指示で、判断能力のない子による請求がなされている場合（スイス民訴298条3項、299条3項）、(リ) 秩序過料を科すこと（スイス民訴128条4項）。第三者が科せられたときには、その第三者も抗告を提起することができる。(ヌ) 第三者が証拠手続への協力を義務付けられる場合（スイス民訴167条3項）。抗告は、当該第三者に認められる。

(82) その他の第一審の裁判であると解釈される基準については、不明確であり、争われている。しかし、この区別は、不服申立期間に影響を与える。法律がこの区別をしていることから、狭い意味で訴訟指揮上の処分として手続をコントロールしないい 独自に引き続き審理される限りでの費用についての裁判（スイス民訴110条）、ロ 再審の申立てについての裁判（スイス民訴332条）、ハ 更生、又は注積の申立てについての裁判（スイス民訴334条3項）、ニ 専門家の補償についての裁判（スイス民訴184条3項）、ホ 第三者の権利にかかわるときの執行の裁判（スイス民訴346条）に意義があり、終局判決でも中間判決でもなく、他の第一審の裁判として示されるべきものである。

(83) ここで考えられるのは、例えば、証拠処分（スイス民訴154条）、又は期間

申し立てられない。訴えの認可の有効性は、第一審裁判所で、むしろ訴訟要件として審査される。

和解、請求の認容、又は請求の放棄に基づく取消処分は、宣言的なものであり、取消しに関して抗告によって不服を申し立てられない。訴訟費用に関してのみ、スイス民訴法11条により抗告が認められる。

④については、抗告は、(不服を申し立てられる裁判がなくとも) 法的遅滞の際に申し立てることができる(スイス民訴319条c)。この抗告の形式は、すべての下級審の法的拒絶又は法的遅滞に対して、州の第二審に対して抗告を提起することができることを意味する⁽⁸⁴⁾。期間の適当性は、事件の性質及び他の状況の全体から判断される。法的遅滞についての抗告が認められる場合には、州が敗訴当事者とされる。このことから、州は、スイス民訴法106条1項により、原則として当事者への補償を支払わなければならない。

(関連条文試訳)

第319条 (不服申立ての対象)

抗告によって不服を申し立てられるのは、次に掲げるものである。

- a. 控訴することができない第一審の終局判決、中間判決、及び保全処分に関する裁判
- b. 次に掲げる他の第一審の裁判及び訴訟指揮上の処分
 1. 法律で規定された場合
 2. それによって容易に回復することができない不利益の恐れがある場合
- c. 法的遅滞の場合

3) 抗告理由

抗告は、控訴と同様に、第一審判決(事実及び法律問題)の再審理を可能にする。しかし、事実関係の確定は、制限的にのみ、つまり、明らかな誤りがある場合のみ再審理される⁽⁸⁵⁾。このことから、抗告は、不完全な上訴に分類

の延長(スイス民訴135条)である。スイス民訴法319条b第1文による訴訟指揮上の処分は、終局判決によってもはや不服を申し立てられず、しかし、スイス民訴法319条b第2文によれば、それらとならんで独自に不服を申し立てられる。

(84) Botschaft ZPO (Fn. 4), S. 7377. ; *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn. 1), S. 1931, (*Spühler*). この抗告は、裁判所、又は調停機関がたしかにすでに現れているが、しかし、適切な期間内に関連する訴訟行為を行われず、又は裁判が適切な期間内に開示され、場合によっては理由づけられて送達されないような場合に存在する。

される。抗告理由となるのは、まず「不当な法適用」である（スイス民訴320条 a）。この場合には、再審理の権限は、控訴の場合と同じである。職権による法適用についても、控訴に関して説明した事が妥当する。次に、「明らかに不当な事実関係の確定」が抗告理由となる（スイス民訴320条 b）。「明らかに不当な事実関係の確定」に不服がある場合には、事実関係の確定はもっぱら維持できない、すなわち、恣意的であるといえる。ここでは、再審理の権限は、民事特別抗告の枠内での BGG97条 1 項と同一である。当事者は、なぜ特定の事実関係の確定が明らかに不当であることを示さなければならない。

不当な事実関係の確定が誤った法適用に基づくとき、例えば、法的審尋権の侵害又は弁論主義違反、場合によっては職権探知主義の違反に基づくときは、不当な法適用という包括的抗告理由が作用する⁽⁸⁶⁾。明らかに不当な証拠評価は、この抗告理由にあたる⁽⁸⁷⁾。

（関連条文試訳）

第320条（抗告理由）

抗告によって主張できるのは、次に掲げる理由である。

- a. 不当な法適用
- b. 明らかに不当な事実関係の確定

4) 効果

スイス民訴法325条 1 項により、抗告は、控訴と異なり、確定遮断効を有しない。すなわち、不服を申し立てた裁判の確定力も執行力も妨げない⁽⁸⁸⁾。しかし、上訴審は、個々の事案において、必要な場合に保証措置又は担保の提供を命じて、執行力を延長することができる（法的確定力は延長できない）（スイス民訴325条 2 項）。

（関連条文試訳）

第325条（確定遮断効）

- 1 抗告は、不服を申し立てられた裁判の確定力及び執行力を妨げない。
- 2 上訴審は、執行を遮断することができる。必要な場合には、上訴審は、保証措置又は担保の提供を命じることができる。

(85) *Oberhammer/Domej/Haas* (Hrsg), a.a.O. (Fn. 4), S. 1376. (*Brunner*) 参照。

(86) *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. (Fn. 1), S. 1934, (*Spühler*).

(87) BGE138 III 232.

(88) *Botschaft ZPO* (Fn. 4), S7378.

5) 抗告手続

事実関係については制限的とする再審理は、抗告により、新たな事実の主張も新たな証拠方法も提出できないことを意味する（スイス民訴326条）。これは、真正の新たな事実（Noven）についても妥当する⁽⁸⁹⁾。また、このことは、職権探知主義が適用される訴訟についても妥当する⁽⁹⁰⁾。留保されるのは、特別の法律上の規定であり、例えば、破産決定の続行（債権回収及び破産法174条）の際の新たな事実及び証拠方法又は仮差押えの際の異議の裁判に関してである（債権回収及び破産法278条3項）。前審の裁判が初めてその機会を与えたようなときには、例外的に新たな事実及び証拠方法の提出が認められる⁽⁹¹⁾。

上訴審は、抗告が明らかに不適法又は明らかに理由がない場合でなければ、文書による態度表明のために、相手方当事者に抗告状を送達する。抗告答弁については、抗告と同じ期間、すなわち30日か10日が適用される（スイス民訴322条）。附帯抗告は、明文で排除されている（スイス民訴323条）⁽⁹²⁾。上訴審は、前審に態度表明を要求することができる。これは、訴訟指揮上の処分に対する抗告に際して意味を持つ。なぜなら、そこでは文書による理由づけがないからである。法的遅滞の際には、前審は、手続期間を示す機会が与えられるべきである。

法的審尋請求権に基づいて又は人権及び基本的自由の保護のための協定（EMRK）6条1号に基づき、前審の態度表明は、裁判の前に当事者へ送達されなければならない（再抗弁権）。当事者がそれに折り返し反応しないならば、その意見が放棄されたとみなされる。

抗告は、原裁判の送達から30日以内に、又は事後的な理由の送達から30日以内に、文書で理由を付して申し立てられなければならない（スイス民訴321条1項）⁽⁹³⁾。他の第一審の裁判に対しても、30日以内に不服を申し立てられなければならない。略式手続における裁判、又は訴訟指揮上の処分に対して不服が申し立てられる場合には、法律が特に規定している場合、例えば、スイス債権回

(89) *Spühler/Tenchio/Infanger*, a.a.O. S. 1943, (*Spühler*).

(90) *Botschaft ZPO*, S. 7379.

(91) *BGE*139 III 466.

(92) *Botschaft ZPO*, S. 7378によれば、新民訴法立法以前の州の抗告について附帯抗告が規定されていなかったことが理由である、とされる。

(93) 控訴申立てに係るスイス民訴法321条1項は、控訴の提起に関する同法311条1項と対応しているものであり、その内容は同一である。

収及び破産法185条において手形取立の際の法的遅滞の認容（スイス民訴321条2項）を除いて、控訴期間は10日となる。前審に対しての抗告の期間内の申立てでは、抗告権者は、不利益を受けない。このような場合において、上訴期間は遵守されているとされる。前審は、遅滞なく上訴の申立てを管轄のある抗告審に移送しなければならない⁽⁹⁴⁾。

法的遅滞に対しては、いつでも抗告を申し立てることができる（スイス民訴321条4項）。抗告の理由づけについては、控訴の理由づけと同様である。

抗告審は、記録に基づいて裁判することができ、これが一般的である。しかし、抗告審はまた、当事者による弁論を行うこともできるが、これは例外的である（スイス民訴327条2項）。

抗告審は、抗告を棄却し、部分的に認容し又は完全に認容することができる。抗告審が抗告を認容する場合、抗告審は、不服が申し立てられた裁判を取り消し、事件を原審に差し戻すことができる。したがって、抗告は破棄的である。しかし、抗告審は、事件が裁判に熟しているときには、新たに裁判することもできる。法的遅滞の抗告を認容する場合には、上訴審が、前審に事件の処理のための期間を定める（スイス民訴327条4項）。

上訴審は、その裁判を文書による理由を付して開示する（スイス民訴327条5項）。

（関連条文試訳）

第321条（抗告の提起）

- 1 抗告は、理由づけられた裁判の送達又は文書で理由づけられた裁判の事後的な送達から30日以内に抗告審に提起されなければならない。
- 2 略式手続において出された裁判又は訴訟指揮上の処分に対して不服が申し立てられた場合には、抗告期間は、法律が別に定めない限りで、10日である。
- 3 不服を申し立てられた裁判又は不服を申し立てられた訴訟指揮上の処分は、当事者がそれを把握している限りで、添付されなければならない。
- 4 法的遅滞に対しては、いつでも抗告が提起されうる。

第322条（抗告に対する答弁）

- 1 上訴審は、抗告が明らかに不違法もしくは明らかに理由がない場合を除き、文書による態度表明のために抗告状を相手方当事者に送達する。
- 2 抗告答弁は、抗告についてと同じ期間が適用される。

(94) BGE140 III 636.

第326条 (新たな申立て, 新たな事実及び新たな証拠方法)

- 1 新たな申立て, 新たな事実及び新たな証拠方法は排除される。
- 2 法律の特別な規定は, なお留保される。

第323条 (附帯抗告)

附帯抗告は, 認められない。

第327条 (手続及び裁判)

- 1 上訴審は, 原審に記録を要求する。
- 2 上訴審は, 記録に基づいて裁判することができる。
- 3 上訴審が抗告を認容する限りで, 上訴審は次に掲げることができる。
 - a. 上訴審は, 裁判又は訴訟指揮上の処分を破棄し, 事件を原審に差し戻すことができる。
 - b. 上訴審は, 事件が判決のために機が熟している場合には, 新たに裁判することができる。
- 4 抗告が法的遅滞に基づいて認容される場合には, 上訴審は, 原審に事件の処理のための期間を定めることができる。
- 5 上訴審は, 裁判を文書による理由とともに開示する。

3. 再審 (Revision)

1) 再審の意義と目的

再審は, 確定力を有する裁判等に対する非常の不服申立方法である。再審の目的は裁判の実質的正しさを実現することにある, とされる⁽⁹⁵⁾。言い換えると, 既に処理した手続をより良い基礎に基づいて再度行うことが, その目的である⁽⁹⁶⁾。

2) 再審の対象となる裁判

再審は, 確定力のある裁判もしくはスイス民訴法241条による裁判代替物に対して認められる。第一審又は第二審の裁判が対象となりうる。これに対して, 連邦裁判所の裁判については, 連邦裁判所がその事件を自ら裁判した限りで, BGG121条以下の再審に服する⁽⁹⁷⁾。

(95) Spühler/Tenchio/Infanger, a.a.O. S. 1953, (Herzog).

(96) Max Guldener, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Auflage, 1979, S. 529.

(97) BGE134 III 45.

3) 再審事由

①重大な事実又は重大な証拠方法の事後的な発見

再審は、一方当事者が事後的に重要な事実又は重要な証拠方法を発見し、それが前の手続において要求されうる注意にもかかわらず提出できなかったものであるときに、請求することができる（スイス民訴328条1項a）。裁判後に生じた、明らかな事実及び証拠方法は、除外される。それゆえ、新たに生じた証拠方法、とくに新たな専門的知識に基づいた鑑定は、再審事由とならない。

②違法行為、又は違反行為の影響

再審は、違法行為又は違反行為が裁判に影響した場合に認められる（スイス民訴328条1項b）。違法行為又は違反行為が、再審で責められている裁判の原因となっていなければならない。考えられるのは、虚偽の証言、虚偽の鑑定又は虚偽の当事者の証拠陳述（刑法306条）である。通常、これらの再審事由は、確定した刑事裁判によって証明される。裁判はたしかに必要的ではないが、刑事事件の裁判が客観的な事実を確定するのに十分である。刑事手続が行われなかった場合には、証明は別の方法でなされる。すなわち、民事裁判所が、自らこれについて判断することができる。

③請求の認諾、請求の放棄、又は裁判上の和解の無効

再審は、請求の認諾、請求の放棄又は裁判上の和解の無効によっても理由づけることができる（スイス民訴328条1項c）。和解、請求の認諾及び請求の放棄は、確定力のある裁判の効力を有する（スイス民訴241条2項）。それらは、たしかに、裁判とはみなされないが、しかし、裁判の代替物として考慮されうるものである。控訴又は抗告は、このような裁判の代替物に対してすることができない。しかし、再審は、裁判所の和解、請求の放棄、又は請求の認諾が取り消されるべき場合には、認められる。これらの裁判の代替物の実体上又は手続上の瑕疵に関して、再審は、はじめてで、かつ唯一の上訴である⁽⁹⁸⁾。したがって、再審によって、意思の欠缺、その他の不服、例えば代理人の代理権に関して又は撤回期間の徒過について、主張することができる。

④人権についての欧州裁判所の裁判で、ヨーロッパ人権協定（EMRK）又は協定侵害されていることを確定しているもの

最後に、再審は、EMRKの違反に基づいて、以下のような場合に申し立てることができる。すなわち、欧州裁判所が人権についてその終局的な裁判に

(98) BGE139 III 133.

において、EMRK 又は協定が侵害されており、補償が十分ではなく、侵害の結果が除去されておらず、その侵害を取り除くために再審が必要である場合である (スイス民訴328条2項)⁽⁹⁹⁾。

(関連条文試訳)

第328条 (再審事由)

- 1 当事者は、次に掲げる場合には、最後の審級として事件を裁判した裁判所に、確定力のある裁判の再審を要求することができる。
 - a. 当事者が事後的に重要な事実を発見し又は重要な証拠方法を見つけ、それらが前の手続において提出できなかったものである場合。裁判後にはじめて生じた事実及び証拠方法は除く。
 - b. 違法行為又は違反行為が当該当事者の不利に裁判に対して影響を与えたことを刑事手続が明らかにした場合。刑事裁判所の判決は必要的ではなく、刑事手続が行われない場合には、他の方法でその証明をなすことができる。
 - c. 請求の認諾、請求の放棄又は裁判上の和解が無効であることが主張される場合
- 2 再審は、1950年11月4日のヨーロッパ人権協定 (EMRK) の違反に基づいて、以下に掲げる場合には、要求することができる。
 - a. 欧州裁判所が人権について、EMRK 又は協定が違反されたことを最終的な判決で確定した場合
 - b. 違反の結果を除去するために補償が適切でない場合
 - c. 違反を除去するために再審が必要である場合

4) 効果

再審は、裁判の確定力も執行力も妨げない。しかし、裁判所は、執行を妨げ、必要な場合には保証措置又は担保の提供を命じることができる (スイス民訴331条)。

(関連条文試訳)

第331条 (確定遮断効)

- 1 再審の申立ては、裁判の確定力及び執行力を妨げない。
- 2 裁判所は、執行を遮断することができる。必要な場合には保証措置又は担保の提供を命じることができる。

(99) 同じ再審事由がスイス裁判所法122条によっても認められる。

5) 再審手続

再審の申立ては、再審事由を知った時から90日以内に、文書により、理由を附して申し立てられなければならない（スイス民訴329条）。請求の認諾、請求の放棄及び和解の無効という再審事由に際しては、90日の期間が、スイス債務法（OR）31条による純粹に私法上の関係に関する1年間の期間に優先する。絶対的見地において、再審の申立ては、刑事上罰すべき行為に基づく再審を除いて、当該裁判の確定力の発生から10年後までになされなければならない。

再審申立てについての裁判に関する土地及び事物管轄を有するのは、事件の最後の審級を裁判した裁判所である。調停機関は、調停手続において締結された和解が再審によって不服申立てされたときに、管轄を有する。裁判が控訴又は抗告によって続行した場合には、再審事由が第一審で生じた場合であっても、上訴審が再審について管轄を有する。

相手方当事者は、再審の申立てが明らかに不適法又は明らかに理由がない場合を除いて、再審の申立てに対する態度表明をする機会が与えられるべきである。

（関連条文試訳）

第329条（再審の申立て及び再審期間）

- 1 再審の申立ては、再審事由の認識から90日以内に、文書で、理由を附してなされなければならない。
- 2 裁判の確定力の発生から10年経過後は、第328条1項bの場合を除き、再審はもはや請求することができない。

6) 裁判

再審裁判の手続は、二段階である。すなわち、裁判所は、さしあたり再審事由について裁判する。これに理由がない場合には、裁判所はこれを棄却する。それが時機に後れている又は不適法であると証明されたときは、再審は開始されない。裁判所が再審の申立てを認容するときは、裁判所は、その以前の裁判を破棄する。この再審の裁判は、抗告によって取り消されうる（スイス民訴332条）。

再審の申立てが認容される場合、裁判所は、その事件についてあらたな裁判を下さなければならない。これは、元の裁判に対して認められていた上訴によって不服を申し立てることができる。

(関連条文試訳)

第332条 (再審の申立てについての裁判)

再審の申立てについての裁判は、抗告によって不服を申し立てることができる。

第333条 (事件についての新たな裁判)

- 1 裁判所が再審の申立てを認容する場合には、裁判所は原裁判を破棄し、新たに裁判する。
- 2 新たな裁判においては、原手続の費用についても裁判する。
- 3 裁判所はその文書による理由とともに裁判を開示する。

4. 説示及び更生

1) 意義

説示及び更生は、裁判の変更ではなく、裁判の明確化を目的とする。その際には、固有の上訴が問題となる。スイス民法334条は、BGG129条と同様に、厳格ではなく説示と更生を区別する。その限りで、このことは、手続が同じく続くことをも必要としない。

2) 説示, 更生の対象となる裁判

すべての本案、及び訴訟裁判は、それがすでに確定力を生じているかに関係なく、説示及び更生の対象となる。また、保全処分及び訴訟指揮上の処分も説示及び更生の対象となりうる。

3) 更生

更生されるのは、裁判所の意図が不適切に表現されている場合の裁判の主文である。これに対して、それが不適切に形成されたときにはそうではない。

更生は、主文が明らかに不完全であるとき又は明らかに計算ミス、又は記載ミスを含むときに、行われる。これは、例えば、認められた内訳が誤って合計されている場合、又は原告と被告が取り違えられ、裁判所が誤った当事者の債権額を認め、勝訴当事者に明らかな理由なく訴訟費用を負担させているような場合である。

4) 説示

裁判の主文が説示されるのは、それが不明確で疑いがあり、それゆえ正しく執行することができない場合である。例えば、裁判所が何を論じているか、裁判所が何を認めたか、前審のどの部分を破棄したかが明らかでない場合である。説示は、主文と裁判理由に矛盾が存在する場合にも要求されうる。

5) 手続

更生及び説示は、一方当事者の申立て又は職権で行われる。スイス民訴法は、更生及び説示のための期間を規定していない⁽¹⁰⁰⁾。事件がすでに上訴審に係属しているときは、更生及び説示の可能性は排除される。

更生及び説示についての土地管轄及び事物管轄は、当該裁判を下した裁判所が有する。

相手方当事者は、更生及び説示のために意見を述べる機会を与えられるべきである。裁判所は、たしかに、記載及び計算ミスの更生の際には、当事者の態度表明を放棄することができる（スイス民訴334条2項）。

裁判所は、まず第一に、説示及び更生の申立てについての裁判をする。この裁判は、抗告によって不服を申し立てられうる。申立てを認める際には、裁判は、説示され、更生されることになる。この裁判は、元の裁判に対して認められる上訴に服する。しかし、裁判所は、記載及び計算ミスの更生の際に当事者の態度表明を排除しうる（スイス民訴334条2項）ときには、通常は、裁判において更生が命じられ、誤りは更生される。

(関連条文試訳)

第334条（説示及び更新）

- 1 主文が不明確、矛盾している又は不完全である場合、もしくは主文が理由と矛盾している場合には、裁判所は、当事者の申立てにより又は職権で、裁判の説示又は更生を行う。申立てにおいては、不服のある個所及び望まれる変更が述べられなければならない。
- 2 第330条及び第331条は、意味に即して適用される。記載の誤り又は計算の誤りの更生の際には、裁判所は当事者の態度表明を放棄できる。
- 3 説示または構成の申立てについての裁判は、抗告により不服を申し立てられる。
- 4 説示又は更生された裁判は、当事者に開示される。

(100) BGE139 III 379.

C. 連邦裁判所への上訴

連邦裁判所への上訴は、BGGに基づき、「民事特別抗告」及び「緊急の憲法抗告」が規定されている。

1. 民事事件における特別抗告（民事特別抗告）

①意義と対象

民事事件における特別抗告は、原則として確定遮断効を有しない不完全な上訴である。それは、修正的、又は破棄的な性質を有する。民事事件における特別抗告の手続において、連邦裁判所は、とりわけ民事事件について裁判する（BGG72条1項）。民事事件としては、財産法上及び非財産法上の事件が妥当する、しかし、非訟的民事事件は当てはまらない。不服を申し立てられるのは、終局判決、一部判決、事前判決、及び中間判決である（BGE141Ⅲ395）。民事事件は、刑事事件（BGG78条以下）及び公法事件（BGG82条以下）と区別される。

この特別抗告において不服を申し立てられる裁判としては、①民事事件における裁判で、債務回収事件及び破産事件（BGG72条2項a）及び公法上の裁判で直接私法と関係のあるもの、②終局判決、③一部判決、④事前及び中間判決、⑤最低訴額となる裁判一訴額によらない抗告、⑥最後の州の審級の裁判及び連邦行政裁判所の裁判、⑦仲裁判断、⑧法的拒絶と法的遅滞である。以下、個々に簡単に概説していく。

①については、「民事事件における裁判」の限界である。直接に民事事件と関係する一定の公法上の裁判は、明文の規定があれば、民事特別抗告に服する（BGG72条2項b）。問題となったのは、純粋に回収法上の事件に関する訴え又は簡易な申立てについての裁判所の裁判、実体法上の背景を伴った回収法上の事件に関する裁判所の裁判並びに回収及び破産法上の抗告事件における裁判である。回収及び破産法に基づく実体的な訴えは、民事事件である（BGG72条）⁽¹⁰¹⁾。

②については、終局判決となりうるかがポイントとなる。BGG90条により、終局判決は、手続を終結させる裁判である⁽¹⁰²⁾。これには、実体的な裁判と訴

(101) そのほかに問題となるのは、裁判の承認及び執行についての裁判、民事事件における司法救助についての裁判、登記の処理、身分の登録、商業登記、商標、意匠、肖像権、特許の登録についての裁判、並びに児童及び成人保護の分野の裁判である

(102) *Leuenberger/Uffer--Tobler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 463. 参照。民事手続の分野に

訟却下判決も含まれる⁽¹⁰³⁾。略式裁判も終局判決となる⁽¹⁰⁴⁾。

③については、BGG91条により、一部判決は、複数の法的要求の一つについて終局的に判断されることから、終局判決の一つの変種としてされている⁽¹⁰⁵⁾。問題となるのは、一人の被告に対する複数の法的要求のうちの一つについての判決及び通常共同訴訟の一人の当事者に対する法的要求についての判決である。

④の事前及び中間判決は、BGG92条及び同93条により、手続を終結させず、それゆえ終局判決でも一部判決でもない。それらは、終局判決への一段階として形式的又は実体的問題について判断させる⁽¹⁰⁶⁾。しかし、管轄及び除斥に関する事前及び中間判決は、強制的に独立して不服を申し立てることができる(BGG92条)。まず、管轄に関する事前及び中間判決は、土地、事物及び職分管轄に関するものである。それは、管轄を肯定する裁判である。管轄を否定する裁判は、BGG90条により不服を申し立てられるべき裁判とされているのである。また、除斥に関する事前及び中間判決は、スイス民訴法47条以下の除斥に関係した又はスイス憲法30条1項による法律により形成された権限のある、独立の、中立的な裁判所の保障全般に関する判決とされている。

また、判例上は、BGG93条において挙げられた、(a) 時効の問題について

において終局裁判が下されるのは、BGG90条により、通常手続、簡易手続、又は婚姻法上の手続において又は児童の利益に関する手続、家族法上の事件、又は登録されたパートナーに関する事件においてである。しかし、略式手続の裁判も、それが手続を終了させるものは、終局裁判となりうる。

(103) BGE141 III 395.

(104) 例えば、(イ) 離婚手続中に出された保全処分(スイス民訴276条)がある。この裁判は、純粹に手続的で、手続の経過を規定した予防措置と区別され、下される離婚判決と異なる様式を規定し、主たる手続においても再審理されないから(BGE137 III 324)、終局的裁判である。(ロ) 婚姻保護の裁判(BGE133 III 426)、(ハ) スイス民訴法257条による明らかな事件における権利保護に関する裁判、(ニ) スイス民訴法249条及び250条による民法及び債務法の事件に関する裁判で、手続を終結させるもの、(ホ) 仮差押申立てに関する裁判(BGE133 III 589)、最終的及び暫定的な法的開示についての裁判(BGE133 III 399)、ならびに破産開示についての裁判、(ヘ) 職人質権の仮の登記を拒絶する裁判も終局判決とされている。Leuenberger/Uffer--Tobler, a.a.O. (Fn. 4), S. 463ff. 参照。

(105) BGE141 III 395.

(106) BGE141 III 395.

の独立した裁判, (b) 責任の原則についての独立した裁判, (c) 実体的な原則を裁判した棄却の裁判で, 事件が他の判断のために前審に差し戻されたもの (BGE134Ⅲ136), (d) 保全的 (担保の) 措置で, 主たる手続の前又は途中で出され, 主たる手続の期間についてのみ, 場合によっては諸条件の下で存続するもので, 主たる手続が開始され, しかし, あたかも再審理されているようなもの (BGE137Ⅲ324), (e) 暫定的な証拠調べの申立て (スイス民訴158条) を認める裁判 (BGE138Ⅲ46) 及びこれを却下する裁判は, BGG90条の意味での終局判決にあたる (BGE138Ⅲ76)。また, 訴訟指揮上の処分で, 例えば, 裁判の無償を拒絶する処分も終局判決である。BGG93条による事前及び中間判決は, 終局判決に対する抗告の枠内でも, それがその内容に影響を与える限りで, 不服を申し立てることができるとするのが判例である (BGG93条3項)⁽¹⁰⁷⁾。

⑤については, 財産法上の事件において, 民事事件における特別抗告は, 訴額が少なくとも30,000スイス=フランである場合のみ許される (BGG74条1項)。連邦裁判所は, 記録から読み取れる客観的価値に従い訴額を確認し, 当事者の申立てにも, 原審の明らかに不適當な評価にも拘束されない⁽¹⁰⁸⁾。財産法上ではない事件においては, すなわち, 離婚, 観念上の団体の会員権に基づく訴え, 人格権侵害に基づく訴えで損害賠償請求を除くものは, 他の要件を満たす限りで, 許される。

訴額が基準となる額である30,000スイス=フラン, 場合によっては15,000スイス=フランに満たないとき, それにもかかわらず, 以下のような場合には, 抗告が認められる。(a) 法的問題が基本的意義を有する場合⁽¹⁰⁹⁾, (b) 連邦法

(107) *Leuenberger/Uffer--Tobler*, r, a.a.O. (Fn. 4), S. 466f. 参照。以下のようなときには, また独立して不服を申し立てることができる。それが償われることがない不利益が生じせうるとき (BGG93条1項a), 一抗告の認容がすぐに終局裁判をもたらすとき, そして, それによって証拠手続のための著しい時間及び費用の浪費が節約されうるとき。この二つの要件は, たとえば, 時効, 又は責任が争われ, 債権, 又は責任の額が費用のかかる証拠手続において確認されなければならないような場合に, 満たされる。ここでは, 時効を認めること, 又は責任を否定することによって即座に終局裁判がもたらされる。この規律を主張する当事者は, 個々に, どの問題がなお争われ, どの程度時間かかり, 費用のかかる証拠がなお調べられなければならないかを説明しなければならない。

(108) BGE140Ⅲ571. 訴額決定の詳細は, BGG51条参照。

(109) このことは, 抗告提起者が, 個々に理由付けなければならない。ある法的

が、唯一の州の審級を規定している場合（スイス民法5条及び7条参照）、(c) スイス民法6条2項bによる原則として訴額が30,000スイスフランに達していなければならない商事裁判所への請求が、手続の間にこの訴額を下回る場合（BGG74条2項b）、(d) 債務回収及び破産事件における州の監督機関の裁判、(e) 破産裁判所及び遺産裁判所の裁判に対して、である。

⑥については、BGG75条1項により、抗告は、最後の州の審級の裁判及び連邦行政裁判所の裁判に対して認められる。両当事者は、民事事件における特別抗告をする前に、州の審級を尽くさなければならないのである。暫定的措置についての裁判は、原則として抗告で不服を申し立てられない。なぜなら、それは、BGG75条1項の意味で、州の審級を尽くしていないからである⁽¹¹⁰⁾。抗告は、保全処分についての裁判に対しては、相手方当事者の審尋の後のはじめて許される。BGG75条2項によれば、最後の州の審級は、上訴審として裁判する上級裁判所でなければならない。除外されるのは、BGG75条2項a～cの場合である。

⑦について、民事特別抗告は、国際及び国内仲裁裁判所の裁判に対して提起される。ここでは、この抗告は、IPRG190条から192条及びスイス民法389条から395条の特別な規定が何も規定しないかぎりでのみ、BGGの文言に従って、これに向けられる。

⑧については、裁判所が不当に判決をすることを怠り、また、適切な期間内に判決をしないときに（スイス憲法29条1項）、法的拒絶と法的遅滞に基づいた

問題を連邦裁判所がまだ判断しておらず、連邦裁判所によって法的状況ができる限り早く明らかにされることの特別な必要性が存在し、それによって、法的不安定が排除される場合に、その基本的な意義が認められる。無償の司法の控訴審で州に当事者補償を課せられるかどうかの問題について、基本的意義が肯定された⁽¹⁰⁹⁾。すでに判断された法的問題も、その問題が連邦裁判所によって異なって応答されているため、判例が再審理を必要とする場合、又は、前審が連邦裁判所の判例と逸脱している場合には、基本的意義を有しうる。基本的に、その意義は、判例について一般的なものではなく、抗告提起者について特に重要であることによる。連邦裁判所は、基本的な意義の概念を限定的に解釈する⁽¹⁰⁹⁾。基本的な意義のある法的問題が主張されたときは、このことから、同時に、民事事件における特別抗告が開始されない事件について、緊急の憲法抗告が提起されるべきことが好ましい。民事事件における特別抗告と緊急の憲法抗告は、同じ法律文書において申し立てられる（BGG19条1項）。

(110) BGE140 III 289.

民事特別抗告が提起されるのである (BG94条)。この抗告の際にも、州の審級は尽くされていなければならない。

②特別抗告理由

民事特別抗告理由としては、(a) スイス法の違反 (BG95条)⁽¹¹¹⁾、(b) 外国法の違反 (BG96条)⁽¹¹²⁾、(c) 明らかに不当な事実関係の確認及び法律違反に基づく事実関係の確定 (BG105条1項)⁽¹¹³⁾、(d) 保全処分に対する抗告の際の限定的な抗告理由 (BG98条)⁽¹¹⁴⁾が挙げられている。

(111) BG95条によれば、次のものが挙げられている。(イ) すべての連邦法、すなわち、民法、刑法、公法、実体法、及び手続法で、特にスイス民事訴訟法、成文法及び不文法である。民事事件における特別抗告の要件を満たす限りで、これらとともに、憲法上の権利の侵害も不服を申し立てることができる。(ロ) スイスに拘束力を有する国際法、特に条約、(ハ) 州の憲法上の権利、これに対して、州の法律及び条令の違反には、不服を申し立てられない。しかし、州の法律の適用が恣意の禁止 (スイス憲法9条) に違反し、又は州の法律が恣意的に適用される場合には、不服を申し立てることができる。(ニ) 州間の法、すなわち、二つ、又はそれ以上の州の間の公法上の契約、たとえば州の協定である。

(112) BG96条によれば、民事事件における特別抗告は、制限的に、以下の点については、外国法の違反について不服を申し立てることができる。(イ) スイスの国際私法が規定しているように、外国法が適用されない場合、(ロ) その判決が財産法上の事件にかかわらない限りで、スイスの国際私法にしたがい基準となる外国法が正しく適用されない場合、(ハ) 財産法上の事件において、外国法の適用が、恣意の禁止 (スイス憲法9条) に違反し、又は、外国法が恣意的に適用される場合である。

(113) この事実関係には、原審及び第一審の手続の経過についての事実関係、すなわち手続事実関係についての確定をも含まれる。手続事実関係に含まれるのは、とりわけ、当事者の申立て、その事実の主張及び法的議論、証人又は専門家の陳述、又は検証を機とした確定である。原則として、連邦裁判所は、州の前審による事実関係の確定に拘束される。このことから、BG97条1項によれば、不当な事実関係の確定への不服は限定される。それが主張できるのは、以下のような場合である。(イ) 事実関係が明らかに不当に確定された場合、(ロ) 事実関係の確定が、BG95条の意味で法律違反に基づいている場合 (ここでは、たとえば、法的審尋の侵害、弁論主義、及び職権探知主義の違反、裁判所の質問義務の違反が考えられる) である。

(114) ここでは、憲法上の権利の侵害のみについて不服を申し立てることができる。これは、連邦の憲法、又は州の憲法から生じる。事実関係の確定も、州

③特別抗告の効果

民事事件における特別抗告は、BGG103条により、原則として確定遮断効を有しない⁽¹¹⁵⁾。しかし、インストラクション裁判官は、職権により又は一方当事者の申立てにより、訴訟指揮の枠内で、確定遮断効について他の命令をすることができる。すなわち、執行力は確定を遮断されるのである（BGG103条）。その際、訴訟の見通しが考慮されなければならない。そのほかに、仮の執行力を認める根拠と認めない根拠との間で利益考量がなされなければならない。インストラクション裁判官は、そのほかに、他の保全処分、例えば譲渡禁止、又は期限の法関係の規定も出しうる（BGG104条）。

④特別抗告の手続

抗告状は、BGG42条 1 項により、法的要求を含まなければならない。法的要求においては、額を特定しなければならないとするのが判例である（BGE134Ⅲ235）⁽¹¹⁶⁾。民事特別抗告は修正的に機能することから、抗告提起者は、原則として、不服を申し立てられる裁判の取消しを求めるのみならず、事件における申立てをしなければならぬ。単なる差戻しの申立ては、連邦裁判所が、事件の認容する場合において、自ら裁判することを、原審の必要な事実関係の確定を欠いていることを理由にできない場合に、例外的にのみ、可能である（BGE134Ⅲ489）。BGG42条 2 項により、民事特別抗告の理由において、どの程度不服を申し立てられた裁判が権利を侵害しているかの窮迫した外観を

の審級が憲法上の権利を侵害した限りでのみ、不服を申し立てることができる。この不服は、それとともに、緊急の憲法抗告の際の不服にも合致する。この規定の意味における保全処分として、スイス民訴法261条以下及び276条による措置が当てはまる。加えて、連邦裁判所は、婚姻保護措置（スイス民訴271条）ならびに前提的な証拠調べに関する裁判（スイス民訴158条）もBGG98条の意味での保全処分として考慮される。回収及び破産法の分野において、保証の機能とそれにより暫定的な性格を有する仮差押えが、BGG98条の意味での保全処分として当てはまる。しかし、最終的及び暫定的な法的開示は保全処分に当たらない。

(115) 法律により、民事事件における特別抗告が形成判決（たとえば離婚裁判、父親を定める裁判、法人の解散）に向けられているときは、（請求の範囲内で）確定遮断効を有する。このような事件において、抗告は、確定力を妨げる。

(116) 以下の手続については、*Leuenberger/Uffer-Tobler*, a.a.O. (Fn. 4), S. 474ff. 参照。

説明しなければならない。この不服申立てに基づいて、連邦裁判所は、職権で法を適用し (jura novit curia, BGG106条)、不服を申し立てられた裁判が連邦法に耐えるかを審査する。その際、不服を申し立てられた裁判における実体上の評価に拘束される (BGE134Ⅲ71)⁽¹¹⁷⁾。原則として、簡単な書面交換が行われる (BGG102条)。抗告が明らかに不適法、又は理由がないことを証明されるときには、態度表明は行わせないことができる (BGG108条, 109条)。明らかに不当な事実関係の確認も、基本権の侵害のように不服を申し立てることができるとされている (BGE133Ⅲ249)。連邦裁判所は、BGG106条2項により、そのような侵害を、その不服として抗告において申し立てられ、理由づけられる限りで、審査する (BGE133Ⅲ393)。

新たな法的要求は許されない。新たな事実及び証拠方法は、原審の裁判がはじめてそれに理由を与える範囲でのみ提出することができる (BGG99条)。このことは、抗告において詳細に説明されなければならない (BGE133Ⅲ393)。

BGG100条により、抗告は、裁判の開示後30日以内に連邦裁判所に提起されなければならない (スイス民訴318条2項, 327条5項)。短い抗告期間は、BGG100条2項及び同3項から生じ、例えば、債務回収及び破産事件における州の監督機関の裁判に対する抗告の場合の10日間、手形取立の枠内での裁判に対する抗告の5日間である。裁判の不適切な拒否又は遅滞に対しては、いつでも抗告をすることができる。

BGG71条により、連邦民事訴訟に関する連邦法の文言は、BGGが手続について特別の規定をもたないときには、準用されなければならない。

連邦裁判所が抗告を認容するとき、連邦裁判所は事件を自ら裁判するか、新たな裁判のために前審に事件を差し戻す (BGG107条)。裁判は、それにより修正的であり、また破棄的である。連邦裁判所は、裁判にとって重要な事実が確認されたときは、事件を自身で裁判することができる。事件の終局的な裁判が、裁判に重要な事実の不完全な確定のために不可能であるときに生じ、又は手続法的な観点から、法的審尋権の侵害の際に連邦裁判所の手続における治癒が不可能な場合に、差し戻しがなされる。仲裁判断に対する抗告の際には、認容の際には、破棄的にのみ裁判される (BGG77条2項)。

連邦裁判所は、原則として三人の構成員において裁判する。五人の構成員に

(117) BGE134Ⅲ71. 基本権の侵害、又は憲法上の権利の侵害が主張された場合、抗告提起者は、どの程度この権利が侵害されているかを、不服が申し立てられた裁判の評価をもとに、明確かつ詳細に説明しなければならない。

において裁判されるのは、基本的な意義を有する法的問題の場合、又は裁判官の申立てによる場合である（BGG20条）。これと並んで、三人の構成員による簡易な手続、又は部の長による不開示裁判がある（BGG108条f）。

2. 緊急の憲法抗告

民事手続の枠内では、民事特別抗告が認められない限りで、裁判に対して緊急の憲法抗告を提起することができる（BGG113条）。対象となるのは、州の最後の審級の裁判である。終局判決、一部判決、事前判決、又は中間判決が、BGG90条により不服を申し立てることができる。民事手続の分野において、本質的には、30,000スイス＝フラン、場合によっては15,000スイス＝フランに満たない訴額の財産法上の争訟事件（BGG74条1項）及び法的問題が基本的意義を有しない事件が問題となる（BGG74条2項a）。憲法抗告理由は、憲法上の権利の侵害について不服である（BGG116条）。民事手続において、特に意義を有するのは、恣意の禁止（スイス憲法9条）、適切な期間内での裁判への請求権（スイス憲法29条1項）、法律により形成される、権限のある、独立で中立的な裁判所への請求権（スイス憲法30条1項）である。

連邦裁判所は、原審が確定した事実関係を裁判の基礎とする。原審の事実関係確定は、それが憲法上の権利の侵害をもたらすとき、特にそれが恣意的であるとき、職権で修正し、補完することができる（BGG118条）。緊急の憲法抗告の手続は、基本的に民事事件における特別抗告の規定が適用される（BGG117条）。一方当事者が裁判に対して、同時に民事事件における特別抗告と緊急の憲法抗告をなす場合には、これらの上訴は、同じ法律文書において提出されるべきである（BGG119条1項）。

憲法抗告については、原審で手続に関与した者あるいは関与の可能性を与えられなかった者で、不服を申し立てられた裁判の取消し又は変更に法的に保護されるべき利益を主張することができる者が当事者適格を有する（BGG115条）。

憲法抗告の裁判は、民事特別抗告と同じように、修正的、又は破棄的である。憲法抗告は、通常は確定遮断効を有しない。インストラクション裁判官は、職権で、又は当事者の申立てにより、訴訟指揮上の処分枠内で、確定遮断効について別の命令をすることができる。すなわち、執行力の確定を遮断することができる。

3. 再審

連邦裁判所の裁判は、連邦裁判所が事件について自ら裁判した限りで、BGG121条以下により再審に服する (BGE134Ⅲ45)。連邦裁判所の裁判に対しては他の上訴は存在しないから、BGG121条により、特定の重大な手続的な瑕疵に際して、裁判所の構成員についての規定又は除斥についての規定の違反がある場合 (BGG121条 a)、裁判所が、当事者に、法律が認めることなく、当事者が要求すること以上又はそれ以外のものを認め、また相手方当事者が認めるより少なく認める場合 (BGG121条 b)、個々の申立てが判断されないままになっている場合 (BGG121条 c)、裁判所は、記録にある重要な事実を過失により考慮しなかった場合 (BGG121条 d) には、追加的に再審を要求することができる。

連邦裁判所の裁判の再審は、スイス民訴法328条以下と内容的に一致する事由から要求されうる。(再審事由の種類による) 期間及び手続は、BGG124条から128条において規定される。BGGの再審事由(1)ヨーロッパ人権協定の違反 (BGG122条)、2) 違法行為、又は違反行為の裁判への影響 (BGG123条1項)、3) 前の手続で提出することができなかつた重要な事実及び決定的な証拠方法の追加的な申立て) は、スイス民訴法328条の再審事由に対応する。

4. 説示及び更生

連邦裁判所の裁判の説示及び更生 (BGG129条) は、基本的に州の裁判所の手続における場合 (スイス民訴334条) と同じ要件の下で要求することができる。