

トーマス・ズッター＝ゾム\*

# 新スイス民事訴訟法典

出口雅久\*\* (共訳)  
本間 学\*\*\*

## I 序

### 1 民事訴訟法典の制定とその背景

2011年1月1日、新しいスイス民事訴訟法典（以下 ZPO と呼ぶ）が施行された<sup>1)</sup>。スイスにとってこれは画期的な法転換である。というのも、それまでは州裁判所における民事訴訟は、スイス連邦を構成する州、いわゆるカントンの民事訴訟法に基づいて行われ、この州民事訴訟法は直近で26存在したからである<sup>2)</sup>。これらの州民事訴訟法には、多くの点で著しい相違が存在した<sup>3)</sup>。スイスの最上級裁判

---

\* トーマス・ズッター＝ゾム バーゼル大学法学部教授 私の助手である二人の弁護士、Johannes Vontobel 氏および Nicolas Gut 氏（共に法学修士 (lic. jur.)) には、本稿を批判的に通読して頂き、多くの建設的意見を頂戴した。ここに記して感謝申し上げます。

\*\* でぐち・まさひさ 立命館大学法学部教授

\*\*\* ほんま・まなぶ 金沢大学大学院法務研究科准教授

1) 法文は法令総覧 (Systematischen Rechtssammlung (SR)) に SR 272号として掲載されている。公の法文は次の Web ページで閲覧できる。http://www.admin.ch/ch/d/sr/2/272.de.pdf; 法文は、スイスの公用語である、ドイツ語、フランス語、イタリア語のバージョンが存在する。さらに、英語に翻訳されたものもあるが、法律としての効力はない。: STEPHEN V. Berti (Hrsg.), ZPO, CPC, CCP, Schweizerische Zivilprozessordnung, Code de procédure civile suisse, Codice di diritto processuale civile svizzero, Swiss Code of Civil Procedure, Basel 2009. 立法資料の主たるものは（非公式のものではあるが）次の Web サイトで閲覧できる。http://www.zpo.ch; 特に2006年6月28日のスイス民事訴訟法典 (ZPO) に関する連邦評議会教書（以下 Botschaft ZPO と表記する。in: Bundesblatt (BBl) 2006, S. 7221 ff.）も目にする事ができる。

2) スイスにおける法史的背景について詳細は以下のものを参照せよ。THOMAS SUTTER, Auf dem Weg zur Rechtseinheit im Schweizerischen Zivilprozessrecht, Zürich 1998, S. 3 ff.

3) 州民事訴訟法間の違いについては以下を参照。THOMAS SUTTER-SOMM, Werdegang und Charakteristika der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, in Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag, hrsg. von ROLF STÜRNER/HIROYUKI MATSUMOTO/WOLFGANG

所、すなわち、連邦裁判所における民事訴訟だけは、かなり以前から、連邦法が適用されている<sup>4)</sup>。つまり、2011年1月1日より州裁判所における民事訴訟には新民事訴訟法典が適用され、連邦裁判所での手続については連邦裁判所法が適用されることとなる。

州民事訴訟法の相違は、法の分裂 (*Rechtszersplitterung*) と州連邦主義の弱体化を齎したが、このことが新民事訴訟法典制定の主たる理由であった<sup>5)</sup>。実際、民事訴訟法典の制定に必要であった1999年10月8日の連邦憲法改正（いわゆる司法改革）に対して異論は見られなかった<sup>6)</sup>。

## 2 スイス民事訴訟法典の起草過程とその指針

### a) 民事訴訟法準備草案 (VE ZPO)

民事訴訟法典の法案は、当時の司法大臣で、連邦評議会委員であった ALLNORD KOLLER によって憲法改正前の1999年4月に設置された、専門家委員会によって起草された<sup>7)</sup>。この専門家委員会は筆者が主宰した。いわゆる専門家委員会準備草案は2002年10月に連邦の司法警察部門、すなわち、スイス司法省に回された。民事

---

↳ LÜKE und MASAHISA DEGUCHI, Tübingen 2009, S. 754 f. 法源の全体を把握することは次のような理由から容易ではなかった。まず、一部では私法と位置づけられるもの、とりわけ民法典 (vgl. z.B. Art. 135-149 ZGB, alte Fassung) や債務法 (vgl. z.B. Art. 343 OR, alte Fassung) というような私法にも民事訴訟法が含まれていた。加えて、裁判所の土地管轄は、すでに2000年3月24日の裁判管轄法 (Gerichtsstandsgesetz) に纏められていた。そして最後に連邦裁判所は、数多くの事例で州法に優越する不文の連邦民事訴訟法を認めていた点である。vgl. dazu THOMAS SUTTER, Rechtseinheit, S. 151 ff. (vgl. Anm. 2), insbes. S. 152 Anm. 901 sowie THOMAS SUTTER-SOMM, Festschrift für Dieter Leipold, S.756 ff.

4) 今日では2005年6月17日の連邦裁判所に関する連邦法 (連邦裁判所法, BGG) が基準となる (Bundesgerichtsgesetz, BGG, in: SR 173.110.)。公の法文は以下の Web ページで入手できる。http://www.admin.ch/ch/d/sr/1/173.110.de.pdf

5) 裁判管轄立法と法発展の触媒としての司法改革の影響および ZPO の制定については、次の文献も参照せよ。: THOMAS SUTTER-SOMM, Festschrift für Dieter Leipold, S. 758 f. (vgl. Anm. 3).

6) 連邦憲法新122条1項は (BV, SR 101. 次の Web ページで閲覧できる。http://www.admin.ch/ch/d/sr/1/101.de.pdf), 国民投票で過半数を超える支持を得た。同条項によれば、民事法および民事訴訟法の領域での立法は連邦の管轄である。

7) 準備草案については以下を参照せよ。: THOMAS SUTTER-SOMM, Der Vorentwurf zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR) 2002, S. 545 ff.; THOMAS SUTTER-SOMM/Franz Hasenböhler (Hrsg.), Die künftige schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich/Basel/Genève 2003.

訴訟法典は、専門家委員会がその第一回会合で議論し、決定した<sup>8)</sup>基本構想を内容的には基礎としている。この指針 (Leitlinie) は、いわば構想を練り上げるための「シナリオ」であったが、同時に一つの規範でもあった。個々の規定は立法手続の過程で多くの点が修正されたが、ZPO の基本構造に関しては変更されることなく維持された。

ZPO の指導原理は、法政策的な性質を有する以下のような原則である。:

- 1 法典主義
- 2 州の民事訴訟法のこれまでの伝統を受け継ぐこと
- 3 「欠缺に対する勇気 (Mut zur Lücke)」
- 4 法実務の現実を考慮
- 5 「社会的民事訴訟」へ後退しない
- 6 裁判所組織は、原則として州の権限のままとする
- 7 法政策的に重要な領域についての「妥協的解決」の必要性
- 8 実体私法 (特に民法典 (以下、ZGB と呼ぶ)<sup>9)</sup> と債務法 (以下、OR と呼ぶ)<sup>10)</sup>) との調和と協働

立法に際して、たとえば集団訴訟 (クラスアクション) のような、導入の余地のある集団的権利保護モデルに関しては、州のこれまでの伝統を受け継ぎ、いわゆる「手続的な潮流」には依拠しなかった。これは、民事訴訟法の統一性を阻害しないようにするための、連邦主義的な理由と法政策的理由によるものであった。

「規制過剰、非柔軟性 (Langatmigkeit), 徹底的な完璧主義」はスイスの法伝統ではない<sup>11)</sup>。裁判所、すなわち連邦裁判所の判例による法展開の余地を立法は残しているが、この準則は私法の統一に関して ZGB で採用された定評ある方法と一致する<sup>12)</sup>。

---

8) Protokoll der Expertenkommission ZPO vom 14. Juni 1999, S. 35. 次の文献も参照せよ。: THOMAS SUTTER-SOMM, Konzeptionelle Überlegungen für eine schweizerische Zivilprozessordnung, in Symposium zum 75. Geburtstag von WALTHER J. HABSCHEID, Beiheft ZSR 31, Basel 1999, S. 32 ff., insbes. S. 36 ff.

9) Systematische Rechtssammlung (SR) 210. 次の Web ページで閲覧できる。http://www.admin.ch/ch/d/sr/2/210.de.pdf.

10) Systematische Rechtssammlung (SR) 220. 次の Web ページで閲覧できる。http://www.admin.ch/ch/d/sr/2/220.de.pdf.

11) Vgl. Botschaft ZPO, S. 7236.

12) Vgl. nur etwa Art. 1 ZGB ; 次の文献も参照せよ。: BERNHARD SCHNYDER, Zürcher

b) 関係者 (interessierte Kreise) に対する意見聴取と2006年連邦評議会 (Bundesrat) 草案

準備草案については、関係者に対する諮問手続（いわゆる意見聴取）が実施された。とりわけ州については、関係者は、州上級裁判所、弁護士会、政党であった。準備草案は——政府の〔連邦議会に対する〕報告書、すなわち2006年7月11日の連邦評議会教書 (Botschaft : [訳注] 教書は、主に政府草案と立法理由書を内容とする。) によれば——「綿密で、均整の取れた円熟した作品」であるとされ、また「準備草案の形式的観点、表現の簡明・的確さ、構成の体系性、規範の簡潔さが高く評価された」<sup>13)</sup> として、非常に多くの者から基本的に支持された。政府草案である、いわゆる連邦評議会教書は、多くの個別問題について、意見聴取手続での準備草案に対する細部に関する批判を斟酌したが、連邦評議会草案は核心においては準備草案と完全に一致しており、とりわけ政府は「完全に専門家委員会の指針のもとに」あった<sup>14)</sup>。

もっとも連邦評議会は、主として二つの中心的な点について、専門家委員会の準備草案とは異なる立場を示した。：第一に政府草案は、略束手続 (Summerisches Verfahren) の決定に対する上訴である、いわゆるレクルス (Rekurs, appel simplifié) をもはや独立した上訴とせず<sup>15)</sup>、簡素化するという理由からこれを第一次的な上訴である控訴 (Beruf) に組み込んだ<sup>16)</sup>。

第二に政府草案は、準備草案と比較した場合、主弁論の開始まで無制限に新たな事実や証拠方法を提出できるというように、同時提出主義とはまったく異なる制度を採用していた<sup>17)</sup>。しかし、このような〔攻撃防御方法の〕完全な提出にかかわる争点について、議会、より正確には州の代表者 (全州議会) は——国民議会の強力な反対に応じて——は、基本的な点で準備草案のコンセプトに回帰した<sup>18)</sup>。

まず政府草案を審議した全州議会は、2007年1月8日に法律問題に関する予備委

---

↘ Komm., Art. 1-10 ZGB, Zürich 1998, Allgemeine Einleitung, N. 238.

13) Botschaft ZPO, S. 7237 (unten).

14) Vgl. Botschaft ZPO, S. 7241 (oben).

15) Vgl. Art. 215 ZPO

16) Vgl. Botschaft ZPO, S. 7369

17) Art. 225 Abs. 1 E ZPO. 修正理由については以下を参照せよ。： Botschaft ZPO, S. 7463 sowie S. 7340. 議会審議の主要な結果については以下も参照せよ。： THOMAS SUTTER-SOMM, Festschrift für DIETER LEIPOLD, S. 753 ff., insbes. S. 759 ff. (vgl. Anm. 3).

18) この点について詳細は次の文献を参照せよ。： RAFAEL KLINGLER, Die Eventualmaxime in der Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel 2010, S. 117 ff., insbes. 157 ff.

員会 (die vorberatenden Kommission) において審議を始めた。同委員会では、反対意見なく政府草案は可決された。2007年 5 月 4 日には全州議会における委員会審議が終了した。政府草案は全州議会本会議に回されることとなった。2007年 6 月 14 日に全州議会での審議が始まった。2007年 6 月 21 日に政府草案は満場一致で可決され、政府草案の大部分について十分に審議がなされた。2007年 6 月 21 日の全州議会の ZPO に関する最後の審議でも政府草案に対する反対意見はなく、国民議会に送付された。続いて政府草案は、国民議会の委員会 (法務委員会) に付された。2007年 8 月 23 日に予備討論 (Eintrittsdebatte) がなされ、委員会は反対意見なく政府草案を可決した。2008年 5 月 29 日の国民議会本会議における第一回審議で、政府草案の修正に関して、州が大きな役割を果たす連邦評議会への差戻し提案が否決された。下院における最初の審議は 6 月 12 日に終了し、最終的には両院協議会の後、2008年 12 月 19 日に政府草案審議は両院における最終票決で終了した。

その際新 ZPO は全州議会において全会一致で (43対 0)、国民議会においてわずかに反対票があったものの賛成 187 の圧倒的多数で可決された。新 ZPO は、2009年 1 月 6 日に連邦官報で公布された。2009年 4 月 16 日にレファレンダムがなされることなくレファレンダム期間が満了し、連邦評議会は 2011年 1 月 1 日にスイス民事訴訟法典を施行した。

## II 民事訴訟法典の構想と構成

### 1 州裁判所で適用される民事訴訟法の編纂、およびとりわけ州裁判所構成に有利な留保

まず重要な点は、もっぱら民事訴訟法典が州裁判所で適用される民事訴訟法を規律することを構想している点である。つまり、州が民事訴訟法を補充する立法を行うことは原則として認められない。民事訴訟法典自身がしかるべき留保を定めている場合に限り、州は規律を設けることができる。重要な留保は、*裁判所構成と手続費用額* (費用分担に関するものではない) である。裁判所および仲裁機関の構成は、州法による (ZPO 3 条)。したがって、ある紛争について何人の裁判官で裁判体が構成されるかは、州法によって明らかとなる。同様に、商事紛争について商事裁判所を設置するか否かも州法で定めることができる (ZPO 5 条)<sup>19)</sup>。これに対し

---

19) さらに ZPO 7 条参照。同条によれば、疾病保険の追加保険に起因する紛争について、州においては一審限りの審級を留意するか否かは、州が決定する。

て、上訴および審級数は ZPO による。ZPO は、州裁判所の審級について二つの階層を定めている。すなわち、州下級裁判所<sup>20)</sup>と上級裁判所である。上級裁判所は主として、上訴審として裁判をするが<sup>21)</sup>、例外的に州においては一番限りの審級（*einzigste kantonale Instanz* : [訳注] 通常、第一審判決に対する上訴は、州内の上級裁判所にするが、*einzigste kantonale Instanz* の場合は、連邦裁判所に直接上訴することになる。Vgl. Botschaft ZPO, S. 7370）として裁判をする場合もある<sup>22)</sup>。

訴訟費用（すなわち、裁判手数料および〔弁護士費用等の〕当事者について生じた費用（*Parteientschädigung*）<sup>23)</sup>の分担については、ZPO の定めるところによる。ZPO は、一定の手續が無償であることも定めている<sup>24)</sup>。たとえば、一定の親子法上の事件に関する調停は無償である<sup>25)</sup>。しかしその他については、費用額は州の費用額表による<sup>26)</sup>。したがって、實際上、訴訟費用に関してはかなり大きな相違が存在する。

## 2 民事訴訟法典の四つの部の概観

ZPO は四つの部から構成される。第一部は ZPO 1条-196条で、総則規定を内容とする。第二部は、ZPO 197条-352条で、各則を定める。この二つの部が、州裁判所での争いのある民事事件についての手續を規律する、ZPO のいわば中核である（ZPO 1条 a 号）。第三部（ZPO 353条-399条）は内国仲裁を定めるが、国際仲裁は国際私法（IPRG 176条以下）が規定する。州の間で締結された仲裁に関する1969年3月27日の協約が従来は仲裁のモデルとされてきたが、これは修正されて ZPO に編入された。協約と比較すると、仲裁に関する方式は簡素となり（ZPO 358条）、仲裁廷自らが保全措置を発令することができ（ZPO 374条 1項）、相殺の抗弁〔の行使〕が容易になり（ZPO 377条 1項）、原則として仲裁判断に対しては連邦裁判所に直接不服申立て（*Beschwerde*）ができる（ZPO 389条 1項、390条 1項）。専門

---

20) 通常、第一審には複数の管轄領域が存在するため、一審裁判所は複数存在する。州は、労働裁判所や賃借裁判所（*Mietgericht*）のような専門裁判所をおくこともできる。

21) Vgl. Art. 308 ff. ZPO.

22) 州においては一番限りの審級を、必要的なもの（ZPO 5条参照）あるいは任意的なもの（ZPO 6条および7条）として ZPO が定めているとすれば、上級裁判所が管轄を有するものとみなされねばならない。連邦裁判所法75条 2項参照。

23) Vgl. Art. 95 ff., insbes. 104 ff. ZPO.

24) Vgl. insbes. Art. 113 ff. ZPO.

25) Art. 218 Abs. 2 ZPO.

26) Vgl. Art. 96 ZPO.

家委員会、連邦評議会および議会は、UNCITRAL モデル法に準拠したいわゆる単一法典 (Code unique) を一致して否定し、内国仲裁と国際仲裁を並置することを歓迎した<sup>27)</sup>。ZPO の第三部は、独立した、それ自体完結した領域として、意図的に構想されている点が重要である。ZPO の他の部を参照しないため、結局のところそれ自体から解釈されるべき独立した仲裁法となっている<sup>28)</sup>。これは訴訟係属を例にとれば明らかである。訴訟係属は、ZPO 372条で、訴訟係属の時点とその訴訟上の効果について、仲裁手続固有に規定されており、たとえば民事訴訟法の総則規定、すなわち ZPO 62条 1 項および 64条 1 項を参照しない。

最後に ZPO の第四部 (ZPO 400条以下) は、最終規定を内容とする。実務上は、ZPO 404条以下の経過法規定が重要である。ZPO 施行時に係属中の手続については、当該審級での手続終了まで、従前の手続法が適用される (ZPO 404条 1 項)。したがって、2011年 1 月 1 日の時点で州裁判所に既に係属していた事件は、規準に従い、州民事訴訟法に基づいて終了することになる。これに対して、第一審に係属している民事訴訟の場合、新法の下で裁判が言渡された場合に限り、その取消しに新法の適用がある (ZPO 405条 1 項)。

### III 総則 (ZPO 1 条-196条)

#### 1 対象と適用範囲 (ZPO 1 条-3 条)

総則についての第一部は、全部で 11 の部分からなる。まず、第 1 章 (ZPO 1 条 - 3 条) で対象と適用範囲が定められている。大雑把にいうと、ZPO は——上述のように——争いのある民事事件についての州裁判所での手続を定めているといえる。さらに、原則として、裁判所構成についての州の自立性が承認されている (ZPO 3 条)。ZPO が審級を定め、州が裁判所の構成を定めるという原則があてはまる。

#### 2 裁判管轄 (ZPO 4 条-51 条)

裁判管轄と裁判官の除斥 (*Ausstand*) に関する第 2 章は (ZPO 4 条-51 条)、とり

---

27) このような解決方法に批判的なものとして、とくに次のようなものがある。: GERHARD WALTER, *Alternativentwurf Schiedsgerichtsbarkeit, Schweizerische Zivilprozessordnung, Dritter Teil, Schiedsgerichtsbarkeit, Art. 1-40, Entwurf mit Erläuterungen, Beiheft 40 der Bibliothek für Schweizerisches Recht, Basel 2004.*

28) Vgl. auch Botschaft ZPO, S. 7392.

わけ、当該事件が連邦法に従って、州においては一審限りの審級（*einzigste kantnale Instanz*）に移送されなければならない場合（ZPO 5条）あるいは移送することができる場合（ZPO 6条1項）を定めている。これらの規定から、——ZPOの上訴制度（ZPO 311条1項、321条1項）と連関して——次のような帰結が導かれる。すなわち、州は少なくとも第一審、（最高で）第二審を置かなければならないということである。州は法定の要件のもとで、州においては一審限りの審級として裁判を行う商事裁判所をおくことができる（ZPO 6条）。

土地管轄に関する規定（ZPO 9条-46条）は、このような民事訴訟法の一領域を唯一の連邦法として規律していた、従来の裁判管轄法<sup>29)</sup>とおおむね一致する。

裁判官の除斥（*Ausstand*）に関する規定（ZPO 47条-51条）は、連邦裁判所法（以下 *BGG* と呼ぶ）<sup>30)</sup> のそれと同じではないが、類似している。たとえば、ZPO 47条1項 e号によれば、2親等までの血族あるいは姻族である場合、裁判官は除斥されるのに対して、*BGG* 34条1項 d号によれば、3親等の関係にある場合も裁判官は除斥される。州裁判所では、除斥されるべき裁判官がかかわった職務行為は、当事者が除斥原因を知ったときから10日以内に申立てをすると取消され、最初からやり直すことになる（ZPO 51条1項）。連邦裁判所での手続では、期間はわずか5日しかない（*BGG* 38条1項）。除斥規定の体系化と調和を試みたにもかかわらず<sup>31)</sup>、準備草案と比較すると、依然として理由付けのできない違いが存在することが、この例から明らかとなる。これは近い将来、機会があれば解消されるべきであろう。

### 3 手続原則（ZPO 52条-58条）、訴訟要件（ZPO 59条-61条）ならびに訴訟係属および訴えの取下げの効果（ZPO 62条-65条）

第3章（ZPO 52条-61条）および第4章（ZPO 62条-65条）は、民事訴訟法の中心問題、すなわち *手続原則*、*訴訟要件*、*訴訟係属*および*訴えの取下げの効果*について定める。

*手続原則*に関して、ZPO はまず、弁論主義および処分権主義を前提とする。しかし、裁判官の（一般的な）釈明義務（*Fragepflicht*、ZPO 56条）が、弁論主義のみならず、処分権主義をも制限する<sup>32)</sup>。この裁判官の釈明義務がどの程度の範囲

---

29) Vgl. Anm. 3.

30) SR 173.110.

31) Vgl. Botschaft ZPO, S. 7273 (oben).

32) 「*手続原則の軟化*」とだけ述べる Botschaft ZPO 7275頁以下の説明は適切ではない。すなわち、不明確な法的要求も——いずれにしても弁護士によって代理されていない当

に及ぶのかについては、実務によって明らかにされるだろう。いずれにしても文献によれば、弁護士に代理された当事者に対しては、裁判所は抑制的であるべきとされている<sup>33)</sup>。

しかし、子の利益が関係するすべての事件については、これまでと同様、(無制限の)職権探知主義および職権主義(Offizialgrundsatz)による(ZPO 296条)<sup>34)</sup>。

同時にZPOは、弁論主義が適用されない、さらに二つの例外類型を認めている。まず、証拠法には、弁論主義の重要な制限が存在する。すなわち、争いのない事実に関する正しさに重大な疑念が生じた場合には、裁判所は職権で証拠調べをすることができる(ZPO 183条1項)。さらに裁判所は、申立てによる場合だけではなく、職権でも検証(ZPO 181条1項)や鑑定(ZPO 183条1項)を行うことができる。これらの弁論主義の制限は、通常手続であっても作用する。第二に、手続の種類によって一定の修正がなされることもある。:(限定的な)職権探知主義が、すべてではないが一定の簡易訴訟(vereinfachte Verfahren)には適用される(ZPO 247条2項)。その他の簡易訴訟の場合には、——一般的な裁判官の釈明義務(ZPO 56条)と比較して——強化された釈明を伴った弁論主義が妥当する(ZPO 247条1項)。その限りで、連邦評議会草案との間に重要な違いが存在する。連邦評議会草案は、あらゆる簡易訴訟について(限定的な)職権探知主義を予定し<sup>35)</sup>、法の最終案であった。職権探知主義を社会訴訟という伝統的な題材に限定した、専門家委員会の構想<sup>36)</sup>に戻したのは議会である。

さらに——夫婦財産権と離婚後の扶養料(nacheheliche Unterhalt)を除く——すべての離婚手続に、(限定的な)職権探知主義が適用される(ZPO 277条)。これに対して、婚姻保護(Ehrschutz)については——夫婦財産権と離婚後の扶養料を含めて——職権探知主義が適用される(ZPO 272条と関連する271条a号)<sup>37)</sup>。最後

↘事者については——裁判所の釈明権の行使によって明確にされる、というものである。

33) Vgl. Botschaft ZPO, S. 7348 (unten).

34) この二つの手続原則の適用は、ZPO 制定以前に、連邦法、すなわち ZGB 133条および現在は削除された ZGB 145条 a によってもたらされた。

35) Art. 243 E ZPO, vgl. Botschaft ZPO, S. 7348 und S. 7468.

36) Art. 240 VE ZPO.

37) 夫婦財産権に関する協議は、婚姻保護手続の段階ですすでに行われるため(ZGB 176条1項3号)、このような首尾一貫しない規律に出くわすこととなる。婚姻保護手続あるいは離婚手続の枠内で、扶養料に関して事実関係を確定する場合に、手続法上両者を区別することも適切ではない。

に、訴訟要件の審理についても、（限定的な）職権探知主義が妥当する<sup>38)</sup>。

同時提出主義は手続原則ではなく、第一次的には通常訴訟を規律するものとされている<sup>39)</sup>。

訴訟係属の時点は、ZPO 62条1項で、調停の申立て（Schlichtungsgesuch）時でよいというように最も早い時点におかれた。訴えの許可（Klagebewilligung）が出された後、原告は3ヶ月以内に訴えを提起しなければならない（ZPO 209条3項）。訴えを提起することなくこの期間が経過した場合、訴訟係属は実体法に作用することなく消失する。なぜなら、訴訟の続行義務（いわゆる訴訟続行責任（Fortführungsgrundsatz））は、裁判所によって被告に訴えが送達されて初めて生じるからである（ZPO 65条<sup>40)</sup>）。これまでの法とは異なり、訴訟係属は訴訟法上の効力だけではなく、従前の訴えの提起（Klageanhebung<sup>41)</sup>）の機能を受け継ぐ形で、実体法上の効力も有する。この訴えの提起（Klageanhebung）の制度は、連邦裁判所によって不文の連邦私法上の制度として承認されていたものである。連邦評議会草案は——準備草案とは異なり<sup>42)</sup>——この点について明確な規定を置いていなかったが、議会はZPO 64条2項に当該規定を設けた。これにより、実体法上の失権期間の中断（Einhaltung）についても、調停の申立て時で十分であることが明らかとなった。

#### 4 当事者と第三者参加（ZPO 66条-83条）

第5章（ZPO 66条-83条）は当事者と第三者参加に関する規定を内容とする。

当事者と第三者参加に関する規定（ZPO 66条-83条）は、これまでの州民事訴訟法と一致する。しかし、ZPO 73条に定められた主参加の制度は、多くの州には存在しなかった。主参加により、相互に対立する利益を有する3人の主当事者が対峙する手続になる。調停手続を行わなくとも、主参加は認められる。典型的な適用

---

38) Vgl. Botschaft ZPO, S. 7276.

39) Vgl. unten IV./3.

40) この規律は、（州の）続行責任の連邦法上の限界に関するこれまでの連邦法上の実務に依拠する。この点は特に次を参照せよ。: Pra 2003, Nr. 16, S. 77 ff., Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts BGE 118 II 479 ff. このスイス連邦裁判所の判決（以下、スイス連邦裁判所の判決をBGEと呼ぶ）は次のWebページで閲覧できる。<http://www.bger.ch/index/jurisdiction/jurisdiction-inherit-template/jurisdiction-recht/jurisdiction-recht-leitentscheide1954.htm>.

41) Vgl. Botschaft ZPO, S. 7277. 訴え提起の従来の制度についての指摘がされている。

42) Art. 208 Abs. 2 VE ZPO.

事例は、たとえば、所有権に関する紛争<sup>43)</sup>あるいは相続回復請求の訴え<sup>44)</sup>である。

単なる訴訟告知と並んで (ZPO 78条以下)、通常訴訟に関して、いわゆる訴訟告知の訴え (Streitverkündigungsklage) を ZPO は定めている。この制度は、訴訟告知をした者 (Litisdenunziant) が、同時に、被告知者を訴えることを可能とするもので、その結果、同手続で訴訟告知者が敗訴した場合、必要があれば、勝訴した第三者が参加しない付随手続で、被告知者に対する求償権について判断することになる (ZPO 81条)。

## 5 訴 え (ZPO 84条-90条)

第 6 章は個々の訴えについて定める。この点については基本的に、本質的な変更はなされていない。給付の訴えの法的定義との関係で、ZPO 85条は金額の算定が困難な債権に関する訴え (*unbeziffert Forderungsklage*) を定める。その定義は従来の連邦裁判所の判例と主要な点で一致する<sup>45)</sup>。

しかし立法資料によれば、いわゆる段階訴訟 (*Stufenklage*)<sup>46)</sup> を ZPO 85条は含んでいる。このような理論的整理には疑問がある。というのも、段階訴訟であれば、実体法上の情報請求権の行使がまずもって問題となるのであり、これに勝利した後、引き続き同じ訴訟で、先に認められた情報を根拠に、被告に対して給付請求権を主張するものであるからである。それゆえ段階訴訟はいずれにしても従来の判例で認められていたものであるが<sup>47)</sup>、詳細に観察すれば訴えの客観的併合であり<sup>48)</sup>、金額の算定が困難な債権に関する訴え (*unbeziffert Forderungsklage*) ではない。

## 6 訴 額 (ZPO 91条-94条)、訴訟費用および無償の裁判 (unentgeltlich Rechtspflege, ZPO 95条-123条)

第 7 章 (ZPO 91条-94条) は訴額について定める。この領域について重要であるのは、訴額の定めは専ら ZPO による点である。州の裁判所構成法が事物管轄を原

---

43) Art. 641 ZGB.

44) Art. 598 ZGB.

45) Vgl. BGE 131 III 243; 116 II 215.

46) Vgl. Botschaft ZPO, S. 7287.

47) Vgl. BGE 123 III 140 ff., 116 II 215 ff., 220; 全体について以下を参照。: PASCAL LEUMANN LIEBSTER, Die Stufenklage im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Basel 2004.

48) Vgl. Art. 90 ZPO.

則として定めているにもかかわらず、訴額の計算は、事物管轄との関係では専ら連邦法に基づいてなされる（ZPO 4条2項）。特別の費用規律、裁判費用の負担を必要としない事件（ZPO 113条2項d号、114条c号）、手続の種類（ZPO 243条1項）あるいは上訴（ZPO 308条2項）をZPOが定めることからすれば、これはまったく正当である。

第8章（ZPO 85条-123条）は、*訴訟費用および無償の裁判*について定める。費用額については、基本的な点で州の費用額表の適用を受けるが（ZPO 96条）<sup>49)</sup>、費用の割りあてはZPOに基づいてなされる（ZPO 105条）。費用表を連邦法で統一することは、法政策的な理由から検討対象とはされなかった<sup>50)</sup>。裁判費用の確定とその割りあてについては、職権主義が妥当する（ZPO 58条2項と関係する105条1項）。これに対して、[弁護士費用等の]当事者について生じた費用（*Parteientschädigung*）については処分権主義が適用される（ZPO 58条1項と関係する105条2項）。

したがって、手続費用額を除いて、その他すべての費用法上の問題は原則としてZPOによる。さらに無償の裁判（*unentgeltlich Rechtspflege*）について詳細な規定が置かれている。無償の裁判を求める権利についての基本規定（ZPO 117条）は、従前の憲法上の最低基準、すなわち訴訟追行に要する資金を欠くこと、かつ敗訴可能性より勝訴可能性が高いことと一致する。無償の裁判が法人についても考慮されるかについては、法は意図的に明らかにしていない<sup>51)</sup>。さらに、必要な資力を有しておらず、かつ裁判所が調停の利用を〔当事者に〕促した場合については、*非財産法的性質を有する親子法事件について調停を求める連邦法上の請求権が新たに定められた*（ZPO 218条2項）。州はこの連邦法上の最低基準よりも厚い手当てを施すことができる（ZPO 218条3項）。

## 7 訴訟指揮、訴訟行為および期間（ZPO 124条-149条）

第9章の訴訟指揮、訴訟行為および期間（ZPO 124条-149条）に関する詳細な規定については、とりたててコメントを要するものはあまりない。同章の規定は比較的詳細で、かつかなり明確である。しかし、*関連訴訟の場合の手続移送（Prozessüberweisung）*は言及するに値しよう。相異なる裁判所に訴えが係属し、

---

49) いわゆる代償原則（*Äquivalenzprinzip*；すなわち、負担と費用の関係）との関係での連邦法上の制約については、以下を参照せよ。：BGE 126 I 180, 124 I 241, 1200 Ia 171 ff.

50) Vgl. Botschaft ZPO, S. 7292

51) Vgl. auch Botschaft ZPO, S. 7301 f.

それらが相互に関連する場合、前訴裁判所が移送を受けることに同意したならば、後訴裁判所は自らに係属する訴えを前訴裁判所に移送することができる (ZPO 127 条)。

期間の懈怠と追完に関する規定は厳格であることを、全体として確認できる。期間の懈怠は期間を初めて逃した場合でも生じる。原則として、いわゆる続行原則が適用される。この原則によれば、法が別に定めを置かない場合には、期間を懈怠してなされた行為はなかったものとして、手続が進行する<sup>52)</sup>。もっとも裁判所は、当事者に期間の懈怠の効果を指摘しなければならない (ZPO 147条)。この指摘が、期間の懈怠の基礎となる。手続の追完は、申立てをした当事者が、自らに「*過失がないか、軽過失に過ぎない*」ことを疎明することを要件とする。

## 8 証 明 (ZPO 150条-193条)

証拠法の規定は、重要点の一つであり、第10章で定められている (ZPO 150条-193条)。

証拠法は三つの部分で構成される。：まず総則 (ZPO 150条-159条) が、証明の対象 (ZPO 150条)、証明権 (ZPO 152条)、証拠処分 (Beweisverfügung, ZPO 154条) を定める。先取りされた証拠評価 (antizipierte Beweiswürdigung : [訳注] これは、たとえば裁判所が他の証拠方法で確信を形成している場合などに、裁判所が証拠の申請を却下することを認めるもの。Vgl. Botschaft ZPO, S. 7312.) に関する準備草案の規定は削除されたが、これまでの連邦裁判所の実務にしたがって<sup>53)</sup>、これが広く認められることには変わりはない<sup>54)</sup>。削除の影響は、法律がその情報を記載していない点に生じるに過ぎない。証拠処分に関する規定 (ZPO 154条) は、いかなる当事者が証明責任を負うかを裁判所が決定することを可能にする。ZPO の構想によれば、証拠処分は書面交換が終了した後に初めて発することができ、これは主弁論の準備に資する。

証拠法の第二の部分は、*協力義務並びに当事者および第三者の拒絶権*である (ZPO 160条-167条)。

最後に第三の部分 (ZPO 168条—193条) は、証拠方法を定める。——無制限の職権探知主義に基づいて行われる手続を除いて——閉じられた証拠方法制度によって (許容される証拠のいわゆる数的制限 (numelus clausus), ZPO 168条 1

---

52) ZPO が定める猶予期間を求める権利は、例外的なものに過ぎない。Vgl. Art. 101 Abs. 3, Art. 223 Abs. 1 ZPO.

53) 以下の判決を参照すれば十分である。: BGE 131 III 226 E. 4.3.

54) Vgl. Botschaft ZPO, S. 7312.

項）。許容される証拠方法は、証人、文書、検証物、鑑定人、書面による回答（schriftliche Auskunft：〔訳注〕書証と証言・鑑定の混合形態。Vgl. Botschaft ZPO S.7325.）、当事者に対する質問（Parteibefragung）、義務的供述（Beweisaussage、〔訳注〕当事者尋問の一形態で、当事者は供述を義務付けられ、（当事者に対する質問の場合と異なり）違反に対しては刑事罰が科せられる。）である。家事事件における子の利益が関係する手続についてのみ、自由な証明が問題となる<sup>55)</sup>。

## 9 スイス裁判所間での司法共助（ZPO 194条-196条）

スイス裁判所間での司法共助に関する第11章（ZPO 194条-196条）は、総則を定めている。司法共助に関する裁判所の相互義務が一般的に通用し、そのような義務がないのは証拠共助（Beweishilfe）に限られる。証拠手続との関係で、司法共助が問題となる場合には、当事者および第三者の協力義務ならびに拒絶権が、ZPO から直接導かれる<sup>56)</sup>。司法共助手続の枠内で協力義務が私人に存在するか否かは、たとえば基本権の立場（とりわけ人身の自由）を評価することで判断するのではなく、むしろ ZPO に定められた協力権および拒絶権から判断されるべきである。

## IV 第二部：各則（ZPO 197条-352条）

### 1 調停前置の原則

ZPO の各則については、第1章と第3章が話題の中心となる。調停の申立て（Schlichtungsversuche、ZPO 197条-212条）に関する第1章の規定は極めて重要である。というのも、調停機関（Schlichtungsbehörde）に対する調停の申立てが判決手続に前置されるという原則が妥当するからである（ZPO 197条<sup>57)</sup>）。原則として州が——自らの組織構成の自立性（ZPO 3条）に基づいて——調停機関を設置する。しかし、居室、店舗・事務所に関する賃借および利益賃借から生じた紛争、ならびに同等取扱法に基づく紛争については、〔いずれの州も〕同等の調停機関を設置しなければならない（ZPO 200条）。それ以外の紛争については、州は、たとえば既に存在する調停裁判官（Friedensrichter）を用いるか、裁判長を用いるかを選択できる。裁判書記官〔の利用〕を選ぶことも可能である。注意すべきは、判決

55) Vgl. Art. 296 Abs. 1 ZPO.

56) Vgl. Art. 160 ff. ZPO.

57) 例外的な場合にのみ調停手続は問題とならないか（ZPO 198条）、〔当事者は〕調停手続を断念することができる（ZPO 199条）。

提案 (Urteilstvorschlag : [訳注] これは調停機関による調停案であるが、これが出された後、20日以内にいずれの当事者もこれを拒否しなかった場合には、確定判決と同一の効力を有する (ZPO 211条)) との関係で (ZPO 210条 1 項 c 号)、また訴額が2000フランを超えない場合に可能な、原告の申立てによる裁判 (ZPO 212条)<sup>58)</sup> についてはより一層、調停機関は疑いなく裁判的活動を行っているという点である。それゆえ、形式的な意味での裁判所が問題となるわけではないとしても<sup>59)</sup>、公正、中立およびヨーロッパ人権条約 6 条の意味での法的基盤に関する要件が充足されなければならない<sup>60)</sup>。それゆえ調停機関については、とりわけ ZPO の裁判官の除斥に関する規定が適用される。

## 2 メディエーション (Mediation)

関係人の自己責任による協力を前提として、分野横断的に構成された中立第三者の援助により、紛争の合意による解決を導くためのモデルである、メディエーションに関する議論は、スイスにおいては、とりわけ離婚法改正 (1996-1998) の議会審議のコンテキストにおいて沸きあがった。当時、政府は、離婚とその効果を理解できるように、メディエーションの経験豊富な者から夫婦が援助を受けることができるよう、州は配慮しなければならないという規定を法案に設けた。当時の連邦評議会によるこの提案は、外国での経験、すなわちいわゆるディヴォース・メディエーションを背景としていた。メディエーション機関は裁判所組織構成の枠外におかれるべきであるという見解に一貫して立っていた。議論全体に大きな影響を与えたのは、費用の問題であった。離婚法改正のコンテキストでメディエーションの法制化に賛成する勢力は、国家の負担する費用は最終的には低減するとした。その理由は、費用のかかる離婚判決の変更手続が、当時、著しく減少していた点にあった。メディエーション導入反対派は、導入により独自のメディエーション機関、あるいはこれに加え民間機関に財政支出を余儀なくされる州が、負担不可能な高額の費用を負わされるのではないかと危惧した<sup>61)</sup>。新しい離婚法にメディエーション

---

58) ZPO 212条 1 項によれば、原告が相応する申立てをした場合に限り、訴額が2000フランまでの財産法上の紛争について裁判することができる。

59) 後者については次を参照。: Botschaft ZPO, S. 7328.

60) Art. 6 Ziff. 1 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Systematische Rechtssammlung (SR 0.101). 次の Web ページで閲覧できる。: <http://www.admin.ch/ch/d/sr/i1/0.101.de.pdf>. Vgl. auch BGE 118 Ia 478 E. 5a.

61) 全体については、1995年11月15日のスイス民法典改正に関する教書 (身分、婚姻関)

を法制化する政府提案は、議会によって、実質的な審議を経ることなく削除された。主たる理由は、国家に負担不可能なコストが生じることへの危惧であった。

その後、メディエーションは実務において、法的基盤なく生まれた。すなわち、メディエーターを養成し、資格を付与する課程が設置された。経済生活の領域におけるメディエーションは、実務においてよちよちと歩み始めた<sup>62)</sup>。

しかし、スイス民事訴訟法典を制定するにあたり、メディエーションに対する態度は、当初、極めて慎重なものであった。確かに、準備草案は様々な場面でメディエーションを考慮に入れていた。たとえば、手続の中止との関係<sup>63)</sup>や証拠手続における拒絶権<sup>64)</sup>などを通してである。しかし、法案にメディエーションを大幅に取り入れることは断念された。

もっとも意見聴取手続（Vernehmlassungsverfahren）では、裁判外の紛争処理の強化を求める声が強かった。事件は裁判所に早々と持ち込まれるべきではなく、むしろ紛争がエスカレートした最終段階で裁判所に持ち込まれるべきであるとされた。裁判外の紛争処理の強化と拡張は、現存する国家による調停手続（Schlichtungsverfahren）にさらに加えて、現代ヨーロッパおよびアングロサクソンにおいて発展しているADRによって促進されるべきであるとされた。政府草案に関する解説では、ADRの意義の増大、EUおよびヨーロッパ以外の国におけるADRの展開、そしてとりわけ家事事件においてメディエーションの重要性が突出している点も詳細に説明されていた<sup>65)</sup>。

今回は離婚法改正の時よりも強く、民事訴訟法典へのメディエーションの法制化が政府に求められた。議会も今回は基本的な点でこのような見方を支持した。約10

---

↘ 係の締結、離婚、子の権利、親族の援助義務（Verwandtenunterstützungspflicht）、居所、後見、および婚姻仲介（Ehevermittlung）in; Bundesblatt 1996 I, S. 1 ff. insbes. S. 35, 151-154, 214; 以下の Web ページで閲覧できる。<http://www.amtsdruckschriften.bar.admin.ch/showDoc.do>

62) もっともスイスでは一ヨーロッパの隣国と異なり一かなり控えめであった。経済メディエーションについて全般的には、次の文献を参照せよ。: DOMINIQUE BROWN-BERSET, La médiation commerciale: le géant s'éveille, ZSR 2002, S. 319 ff. その間に、スイスの経済メディエーションが、かなり強力に生み出された。特にスイス経済メディエーション会議所（die Schweizerische Kammer für Wirtschaftsmediation）がそうである（<http://www.skwm.ch>）。

63) Vgl. Art. 116 Abs. 1 VE ZPO.

64) Vgl. Art. 157 Abs. 1 Bst. c VE ZPO.

65) Vgl. Botschaft ZPO, S. 7241 f., 7252 ff.

年の歳月を経て、メディエーションに対するスイスの立法者の態度は根本的に変化したのである。

ZPO は、メディエーションを一般的意味で、すなわち家事事件手続に限定した規定ではなく、かなり広範な意味を持つものとして規定した。それどころか ZPO 213条の見出しは、「調停手続に代わるメディエーション」とさえ表記している。もっともこのことは、内容的には法の構想とは一致しない。確かに、上述した規定から読み取れるように、調停の申立てあるいは調停交渉においてメディエーションの申立てをすることができる。しかしより厳密に考察するならば、メディエーションの申立てやメディエーション自体は民事訴訟上の効力を有さない。なぜなら、そのような効力を伴う訴訟係属は (ZPO 64条)、調停の申立てによってのみ生じるからである。

ZPO の構想によるメディエーションについては、以下の観点が重要である。：メディエーションの構成および実施は、当事者の問題であり、裁判所の問題ではない (ZPO 215条)。このことは費用についてもあてはまる。非財産法的な性質を有する親子法上の事件に関してのみ、ZPO は一定の要件のもとで無償のメディエーションを定めている (ZPO 218条)<sup>66)</sup>。

メディエーションは当事者の合意を前提とし、強制的なメディエーションは原則として認められない<sup>67)</sup>。時間的な観点からみれば、調停手続中のメディエーションも、裁判所における判決手続中のメディエーションも可能である。メディエーションが不調に終わった場合、調停機関が訴えの許可 (Klagebewilligung) を発するか、裁判手続の停止が解消される形で、手続が続行されることとなる (ZPO 213条以下)。メディエーションは独立したもので、かつ秘密が守られ、メディエーションにおける当事者の発言を裁判手続で利用することはできない (ZPO 216条)。最後に重要な点として、メディエーションにおいて調達された合意を公証すること

---

66) もっとも ZPO 218条 3項に基づいて、州はこのような連邦法上の最低基準を上回る施策を行なうことができる。当事者が必要な資金を有しておらず、管轄機関または管轄裁判所がメディエーションを行うことを促した限りで、すべての家族法上の事件について無償のメディエーションを行うことを求める権利を認めることで、各州はこれを行っている。

67) 強制的なメディエーションは、ZGB 307条以下の意味での離婚に伴う、いわゆる子の保護処置の場合にも問題となるが、この場合に認められるのかについては争いがある。この点については、たとえば次の文献を参照せよ。： LISELOTTE STAUB, Die Pflichtmediation als scheidungsbezogene Kindschutzmassnahme, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (ZBJV), Band 145 (2009), S. 404 ff.

を両当事者が共同で申し立てた場合、これは判決効を伴った訴訟上の和解となる（ZPO 217条）<sup>68)</sup> ことがあげられる。これに対して、調停手続あるいは裁判所の手続の外でのメディエーションにおいてなされた合意にはそのような効力は生じず、単なる通常の契約に過ぎない。

### 3 「原則モデル（Grundmodell）」としての通常訴訟

各則の実際の中心は、*通常訴訟*に関する第3章の規定（ZPO 219条-242条）にある。これは、原則として、訴額が30000フランを超える財産法上の紛争（ZPO 243条1項、反対推論（e cotrario））およびZPOが別に規定をおいていない限りで<sup>69)</sup>、あらゆる非財産法上の紛争に適用される。それゆえその適用を受けない手続類型が、別に詳細に定められている。くわえて、当該諸規定は、ZPO 219条の*準用*により、法が別に定めをおいていない限りで、他のすべての手続に適用される。たとえば、新たな事実および証拠方法に関する規定（ZPO 229条）あるいは判決の言渡しおよび理由付けに関する規定（ZPO 239条）は、簡易訴訟（vereinfachte Verfahren, ZPO 243条以下）にも適用される<sup>70)</sup>。

ZPOの通常訴訟は、スイスにおける民事訴訟のもともとの理解によれば、*古典的な民事訴訟*である。これは原則として処分権主義と弁論主義に支配される<sup>71)</sup>。調停手続が不調に終わった後、原告は、すべての法的要求、事実主張および証拠申出を記載した訴状により、訴えを提起しなければならない（ZPO 221条）。同様の規律は原則として、被告の答弁書にも当てはまり（ZPO 222条）、また答弁書によって反訴を提起することもできる（ZPO 224条1項）。手続がどのように進行す

---

68) ZPO 241条の和解と関係する。争われている権利についての自由な処分権限が当事者にある場合、許可審級（Genehmigungsinstanz）は内容統制を行わない。もっとも、当事者に自由な処分権限がない権利に関する合意、すなわち家族法の領域での合意は、裁判所の内容統制に服する。調停手続がまったく行われない場合でほとんどの場合に問題となる（特に、離婚手続についてのZPO 198条c号）。その結果、内容統制および許可は、通常、裁判所によって行われる。この点については、ZPO 279条、280条を参照。

69) 特別規定としては、とくに離婚手続がある。Vgl. Art. 274 ff. ZPO.

70) しかし簡易訴訟（vereinfachte Verfahren）では通常、二回書面交換をすることはないので（もっとも、ZPO 246条2項も参照）、主弁論の開始まで無制限に新たな事実や証拠方法を提出することができる（ZPO 229条2項）。職権により事実関係が確定される場合（ZPO 247条2項）、判決の評議（Urteilsberatung）まで、新たな事実と証拠方法の採用が認められる（ZPO 219条と関連する229条3項）。

71) この原則は、ZPO 55条1項および58条1項の総則規定から導かれる。

るかは、個別の事情に左右される。状況によっては、裁判所は第二回の書面交換を行うことができる (ZPO 225条)。事実関係を補充し、合意の調達や主弁論の準備に特に有益である、いわゆる準備的口頭弁論 (Instruktionsverhandlung) を行うことも可能である (ZPO 226条)。もっとも、第一回書面交換後に審理が熟した場合には、裁判所は直ちに主弁論を行うことができる。変更された請求や新たな請求が従前の請求と実質的な関係を有するか、あるいは相手方当事者が同意するならば、〔訴えの変更が〕可能である (ZPO 227条1項)。

主弁論は、第一次的には証拠調べ (Beweisabnahme) のためにある (ZPO 231条)。主弁論が始まるまでに、書面交換が一度行われたに過ぎない場合、新たな事実や証拠方法の提出は無制限に認められる。その他のすべての場合、すなわち書面交換を二度行った場合あるいは書面交換を一度行い、準備的口頭弁論を行った場合には、真に新たな主張および真に新たな主張とはいえないが、必要な注意を払ったにもかかわらず事前に提出できなかった主張のみが認められる。裁判所が例外的に事実関係を職権で明らかにしなければならない場合には<sup>72)</sup>、新たな事実は判決の評議 (Urteilsberatung) までは考慮される (ZPO 229条)。

同時提出主義という形態は、——既に述べたように——立法政策的に争いのあるものであった。結果として、専門家委員会の比較的厳格な構想が採用された。主弁論における訴えの変更も比較的厳格な要件のもとでのみ認められる。〔この場合、〕主弁論開始前における訴えの変更の上述した要件に加え、新たな事実と証拠方法に基づくことが必要である (ZPO 230条)<sup>73)</sup>。

主弁論に続いて、判決の評議 (Urteilsberatung) がなされる。州法が判決の評議を公開するか否かを決定する点は、法典主義のほころびである。もっとも、家事事件手続については連邦法により公開されない。くわえていずれにしても、——州法に左右されることなく——公の利益または関係人の保護に値する利益が問題となる場合には、公開は完全に認められないか、または部分的に制限される (ZPO 54条)。

裁判所は、当事者に簡潔に理由を口頭で述べて、判決を言い渡すことができる。この場合、当事者は、判決事項 (Dispositiv)、すなわち判決要求についてののみ書面

72) たとえば、子の利益に関する離婚手続。ZPO 296条1項と関連する55条2項を参照。離婚訴訟については、ZPO 277条および280条も参照。

73) ZPO 230条において明確には要求されていないにもかかわらず、職権主義が妥当する場合、すなわち裁判所が当事者の申立てに拘束されない場合には、特別の要件を充足しなくても、訴えの変更は認められる。これはたとえば、離婚訴訟においてあらゆる子の利益が問題となる場合である。ZPO 296条3項と関連する58条2項を参照。

で裁判を獲得する。理由が記載された書面は、当事者がこれを裁判の言渡しから10日以内に請求した場合に、裁判所によって付与される。当事者がこの期間内に理由が記載された書面を請求しなかった場合には、このことは控訴あるいは抗告といった上訴により裁判を取消すことを放棄したものとみなされる（ZPO 239条<sup>74)</sup>。

#### 4 簡易訴訟（ZPO 243条-247条）

第4章（ZPO 243条-247条）に定められている簡易訴訟は、いわゆる社会的民事訴訟、および州が整備を義務付けられた、従来の「簡易迅速手続（*einfaches und rasches Verfahren*）」の後継である<sup>75)</sup>。

ZPO 243条は次のような二つの紛争類型を定めている。第一に、訴額が30000フランを超えない通常の財産法上の紛争について利用される簡易訴訟である。これに対し、同等取扱法に基づく紛争、社会的賃借権（*soziales Mietrecht*、〔訳注〕住居の賃借権において、賃貸人の契約の自由が賃借人に有利に制限されているもの）、および利益賃借権の核心に関する紛争、疾病保険の追加保険に関する紛争は、訴額にかかわらず利用できる（ZPO 243条2項）。

通常訴訟との主な違いは、第一に、当事者は理由を書面で述べることなく訴えを提起できる点である（ZPO 244条）。この場合、裁判所は被告に、理由が付されていない訴えを送達し、両当事者を同時に主弁論に呼び出す（ZPO 245条）。この点で、簡易訴訟は通常訴訟と比べて口頭主義の要素がより色濃く現れる。手続的な形式主義は相対的に弱くなる。もっとも、社会的民事訴訟の本来的な中心領域だけは、訴額にかかわらず職権探知主義が適用される<sup>76)</sup>。たとえば労働法上の紛争については、裁判所は、訴額が30000フランを超えない場合にのみ、事実関係を職権で確定する。たとえば、訴額が30000フランを超えないため簡易訴訟を利用できる、売買契約を基礎とする通常の財産法上の紛争については、広範な裁判所の釈明権を伴うが、弁論主義が適用される（ZPO 243条）。

---

74) もっとも、上訴のうち上告については放棄したものとみなされない。ただし上告では、犯罪や法律違反が裁判に影響を与えるような、裁判の質的な瑕疵についてのみ提起できる。上告理由については ZPO 328条を参照せよ。

75) Vgl. insbes. Art. 280 Abs. 1 aZGB sowie Art. 274d Abs. 1, 343 Abs. 2 aOR. これらの規定において、州は、内容は具体的に定められてはいないが、州民事訴訟において、施行前から「簡易迅速手続（*ein einfaches und rasches Verfahren*）」を設けることを義務付けられていた。

76) ZPO 243条3項において列挙されている事由を参照せよ。

簡易訴訟の規定は、必要最小限のものである。立法者は意識的に、このようにわずかな規律にとどめた。というのも、規定の欠如は通常訴訟の規定の準用で対応できるからである (ZPO 219条)。つまり、裁判の言渡しに関する上述した規定 (ZPO 239条) は、簡易訴訟についても適用される。

## 5 略式手続 (Summerisches Verfahren, ZPO 248条-270条)

略式手続に関する第 5 章 (ZPO 248条-270条) は、——その他の規律とともに——とりわけ保全処分 (*vorsorgliche Massnahme*), いわゆる保護書面 (*Schutzschrift*, ZPO 261条以下), いわゆる争いのない事案での権利保護 (*Rechtsschutz in klaren Fällen*, ZPO 257条) に適用される。なかでも、ZPO の略式手続は、本来的に民事訴訟法上の判決手続ではない、債務取立および破産に関する法律にかかわる事件にも新たに適用される (ZPO 251条)。

略式手続については、調停手続は前置されない<sup>77)</sup>。

保護書面 (ZPO 270条) は、構想からすると、相手方当事者への審尋なしに直ちに発令できる保全処分 (*superprovisionarische Massnahme*), あるいは仮差押えの申立て、すなわち特別な危険が存在する場合の財産差押えの可能性に対する、先取的な意見表明である。保護書面は、相手方当事者への審尋なしに直ちに発令できる保全処分 (*superprovisionarische Massnahme*), あるいは仮差押えの申立てがなされる裁判所に保管される。保護書面は提出から 6 ヶ月間有効であり、相手方当事者には当該手続が開始した場合にのみ通知される。

略式手続の特殊な場合が、争いのない事案での権利保護 (ZPO 257条) である。これは、通常訴訟あるいは簡易訴訟に代わって、略式手続で権利保護を求めるものである。例えば離婚訴訟のような、職権主義が適用される事件の手続については利用できない。申立ての許可要件は、争いがなければ、直ちに証明可能な事案で、権利関係 (*Rechtslage*) が明らかであることである。争いのない事案での権利保護は、金銭債権についても利用できる<sup>78)</sup>。しかし、他の略式手続とは異なり、証明の程度は軽減されない。手続を著しく遅延させることのない証拠方法による完全な証明が必要である<sup>79)</sup>。単なる疎明では十分でない。この要件を充足しない場合、申立ては却下されるのではなく、不許可決定 (*Nichteintretensentscheid*) が出され

---

77) Vgl. Art. 198 Bst. a ZPO.

78) この場合も、民事訴訟法の判決手続が問題となり、たとえば債務取立て及び破産に関する法律の執行手続は問題とならない。

79) Vgl. Art. 254 Abs. 2 Bst. a ZPO.

る<sup>80)</sup>。自らの請求を更に追求しようとする申立人は、——訴額に応じて——通常訴訟あるいは簡易訴訟における訴えを用いなければならない<sup>81)</sup>。

## 6 婚姻法に関する特別手続

第6章（ZPO 271条-294条）では、婚姻法に関する特別手続が定められている。この手続については、とりわけ婚姻保護手続（Eheschutzverfahren）がまずもって問題となる。この手続は、（限定的な）職権探知主義が適用される。

第6章の中心は、ZPO 274条-293条で定められている離婚手続である。この手続は、原則として特則によって修正された通常訴訟である。部分的にかつ残骸のように定められていた、離婚手続法<sup>82)</sup>に関する従前のZBGの規定と、多くの規定は同じであるが、明確化されたものや修正されたものもある<sup>83)</sup>。

登録パートナーシップに関する手続を定めた第8章の規定（ZPO 305条-307条）は、婚姻法に関する特別手続の規定を準用するものに過ぎない。

さらに第7章（ZPO 295条-304条）は、家族法上の事件における子の利益に関する規定を置いている。独立した訴え、すなわち、婚姻保護手続あるいは離婚手続以外の事件、たとえば、扶養を求める訴え、父子関係確認の訴え、あるいは訴えの形

---

80) この関係で文献上、すでに二つの問題が争われている。: 1) たとえば被申立人が、申立人の請求が存在しないことを、容易に入手できる手段、たとえば領収書を用いて証明した場合に、申立てを却下することが許されるか、2) 申立人が「誤った手続」を選択した場合に、不許可決定後一ヶ月の間は、訴訟係属が存在するのか（Art. 63 Abs. 2 ZPO）、それとも訴訟係属は消滅するのか。これらの問題は、他の裁判地、あるいは場合によっては外国で、そのときの被申立人が提起しようとする消極的確認の訴えとの関係で、実際上の意義を有する。

81) しかし、請求が存在しないことを被申立人が、容易に入手できる手段、たとえば領収書により証明した場合に、既判力効的作用により却下できるか、という問題については現在すでに争いがある。

82) ZGB 135条-149条 a。これらの規定はZPOの施行により削除された。これらは、ZPOの施行までは、相互に異なる州民事訴訟法とあいまって、離婚手続を規律していた。

83) ZPO 279条は、従前のZGB 140条 a に相応する。これについては、従前の規定ができてから時間が経っているため、適切な形で規定が置き換えられた。さらに、強制企業年金（der beruflichen Vorsorge, ZGB 122条以下）に関して、通常の許可基準（Genehmigungsmassstäbe）ではなく、職権主義および職権探知主義が適用されることが明らかにされた。ZPO 281条 1 項 c 号及び 3 項も参照。ZPO 280条及び281条はZGB 141条及び142条と相応する。もつともこれらの規定は、従前の法と比較すると、離婚裁判所の権限の一部を拡張している。特にZPO 281条 1 項参照。

態で主張された権利に関する訴えの客観的併合については、簡易訴訟の規定が適用される (ZPO 295条)。一般的には、(限定的な)職権探知主義と職権主義が適用される (ZPO 296条)。このことは従前の法状況と一致する<sup>84)</sup>。子の意見聴取および代理に関する離婚法上の従前の規定<sup>85)</sup>は、現在は、これらの規定がすべての婚姻法上の手続について適用されることで、法的に広範な適用領域を有する<sup>86)</sup>。改正点は、裁判所は補助者 (ZPO 299条 1 項) を指定し、もはや後見機関を指定するわけではない<sup>87)</sup>点である。ZPO 302条-304条は、略式手続で扱われる事項、すなわち子の扶養料の保全について定める。

## 7 上 訴 (ZPO 308条-334条)

a) 概 説 [(訳注) 日本法における控訴, 抗告と厳密には対応しない部分があるが、本稿では便宜上, Beruf を「控訴」, Beschwerde を「抗告」と訳出している。]

各則について、ZPO は第 9 章で (ZPO 308条-334条)、——説示 (Erläuterung) と更正 (Berichtigung) (ZPO 334条) とともに——三つの上訴を定めている。すなわち、① 原則として中心的な上訴である控訴 (Beruf, ZPO 308条-318条)、② 原則として補助的な上訴である抗告 (Beschwerde, ZPO 319条-327条)、③ 犯罪あるいは法令違反による影響を受けているといった、裁判にある種の重大な過誤がある場合についての上告 (ZPO 328条-333条) である。

控訴および抗告との関係では、ZPO 239条 2 項が極めて重要である。当事者が裁判の言渡し後10日以内に書面による理由を要求しない場合には、上訴を放棄したものととして、裁判を取消したり、変更したりすることができなくなる。

### b) 控 訴 (Beruf, ZPO 308条-318条)

控訴は、通常の (ZPO 315条 1 項)、中心的な (ZPO 319条 a 号) 上訴である。いわゆる部分的確定力 (Teilrechtskraft) 制度が重要である。財産法上の紛争につい

---

84) Vgl. auch Art. 145 Abs. 1 und Art. 254 aZGB; Botschaft ZPO, S. 7366; BGE 122 I 55 E. 4; 111 II 229 E. 4.

85) Art. 144 sowie Art. 146 f. a ZGB.

86) もっとも、連邦裁判所は従来の実務上、婚姻保護手続においても子の意見聴取権を認めていた。Vgl. BGE 131 III 553 E. 1.1. 離婚法以外での子の代理は、確かに学説の多数がこれを認めていたが、連邦裁判所は態度を明らかにしていなかった。Vgl. BGER. 5P. 139/2002 vom 3. Juni 2002, E. 2a.

87) Vgl. Art. 147 Abs. 1 a ZGB.

ては、不服額が10000フラン以上の場合にのみ、控訴が認められる。したがって、不服額主義を採用し、単に不服がある、すなわち法的要求と裁判との差異のみを理由として控訴が認められる制度を採用してはいない<sup>88)</sup>。

控訴と控訴に対する答弁についての法定期間は、弁護士にとっては極めて厳格である。：控訴人は、自らの控訴を、書面であつ理由を付して、書面による判決理由を受け取った日から30日以内に提起しなければならない。被控訴人は、控訴の送達を受けた日から30日以内に、書面であつ理由を付して控訴答弁書を提出しなければならない（ZPO 311条1項, 312条2項）。法定期間にかかわるので、期間の延長は認められない。このような制度によって、訴訟遅延は阻止される。かかる ZPO の期間に関する厳格な理解が実務で遵守されるかについては、今後の展開を待たなければならない。

完全な上訴として、控訴は、事実問題および法律問題を審査できる（ZPO 310条）。更新権および訴えの変更は、第一審と同様、厳格なものとして定められている（ZPO 317条<sup>89)</sup>。

保全処分（vorsorgliche Massnahme）の裁判は、不服額の条件を満たせば（ZPO 208条1項c号）、いずれにしても、控訴で取り消すことができる。もっともこの場合は、控訴は停止効を有しないが（ZPO 315条4項b号）、執行が停止される可能性はある。（ZPO 315条5項）。略式手続において下された裁判に対する、控訴および控訴の答弁についての期間は、10日である。加えて、附帯控訴は認められない（ZPO 314条）。

### c) 抗 告 (Beschwerde, ZPO 319条-327条)

抗告は、補助的であつ特別の上訴である（ZPO 319条a号）。それゆえ抗告は停止効を有しないが、執行停止の可能性はある（ZPO 325条）。上訴期間は原則として30日である。しかし、略式手続で下された裁判あるいは訴訟上の処分に対して上

---

88) 当事者は、自らの申立て判決との間に少なくとも10000フランの差がある場合にのみ上訴できる（appellieren）とする草案の立場とは異なる（VE ZPO 290条2項）。連邦裁判所法は——準備草案とは異なり——いずれにしても不服額主義を採用していたことからすれば（BG 74条1項）、別様の制度は連邦裁判所の負担軽減に有益であろうと考えられるにもかかわらず、不服額主義を後押しする裁判は減少していた。Vgl. Art. 47 Abs. 1 sowie Art. 70 Abs. 1 des bundesrätlichen Entwurfs vom 28. Februar 2001 zum Bundesgerichtsgesetz, BBl 2001, S. 4490 und S. 4497.

89) もっとも、職権探知主義を適用する場合、（ZPO 219条と関連する）ZPO 229条3項の類推適用で判決評議までの更新を考慮することができる。

訴する場合は、上訴期間は10日である (ZPO 321条 2 項)。抗告と抗告に対する答弁についての期間については、控訴の場合と同様、延長が許されない厳格な法定期間が適用される (ZPO 321条以下)。法律問題については、抗告審での審理に制限はなく、事実関係については、前審による明らかに不当な事実認定に限定される (ZPO 320条)。更新権および新たな法的要求は認められない (ZPO 326条)。附帯抗告も同様に認められない (ZPO 323条)。

法に定めがある場合、あるいは容易に回復し得ない損害が生じる恐れがある場合には、抗告により、「その他の第一審の裁判<sup>90)</sup>」および訴訟指揮上の処分<sup>91)</sup>も取り消すことができる (ZPO319条 b 号 2)。

#### d) 上 告 (ZPO 328条-333条)

上告に関する規定は、これまでの訴訟法と同じである。とりわけ、訴訟上の和解を、意思の瑕疵を理由に取消すことを上告は可能にする (ZPO 328条 1 項 c 号)。

### 8 執 行 (ZPO 335条-352条)

第11章 (ZPO 335条 - 352条) は、裁判の執行について定める。施行前より、金銭の支払いあるいは担保提供についての裁判の執行は、スイス全土で、債務取立ておよび破産に関する連邦法に基づいて行われていた<sup>92)</sup>。今後もこのことに変わりはない (ZPO 335条 2 項)。

改正点は、たとえば物の引渡しといった、いわゆる *非金銭執行* が ZPO によって定められた点である。従前は、この点についてはいずれにしても州の民事訴訟法が定めていた。スイス内では、すべての執行力ある裁判は同等に扱われる。〔執行に〕先行する承認手続 (たとえば、Exequaturverfahren) も、追加的な抗弁も用意され

---

90) たとえば ZPO 50 条 2 項 (除斥原因に関する裁判), ZPO 128 条 4 項 (過料 (Ordnungsbussen)), ZPO 184 条 3 項 (鑑定人の損害賠償)。

91) たとえば, ZPO 75 条 2 項 (訴訟参加の申立てに関する裁判), ZPO 82 条 4 項 (訴訟告知の訴えの許可に関する裁判), ZPO 103 条 (予納金および担保提供に関する裁判), ZPO 120 条 (無償の裁判の剥奪), ZPO 126 条 2 項 (手続の中止), ZPO 127 条 2 項 (関連訴訟への移送), ZPO 167 条 2 項 (第三者の拒絶権に関する裁判所の命令), ZPO 298 条 3 項 (意見聴取が認められずに判決を受けた子による判決の取消し), ZPO 299 条 3 項 (子による, 代理が認められなかったことの取消し)。

92) Art. 38 Abs. 1 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs (SchKG), SR 281.1. 次の Web ページで閲覧可能である。: <http://www.admin.ch/ch/d/sr/2/281.1.de.pdf>

ていない<sup>93)</sup>。最後に、ZPO は金銭の支払いを命じる外国裁判の執行についても、条約や国際私法に関する連邦法<sup>94)</sup>が別に定めをおいていない場合には、適用される（ZPO 335条3項）。

民事訴訟を行うことなく直ちに強制執行を当事者に認める、公正証書による執行（ZPO 347条以下）は新しい制度である。：その要件は、債務者が直ちに強制執行に服することを認める旨の陳述が公正証書に記載されていること、公正証書に債務の法的根拠が記載されていることである<sup>95)</sup>。

## V 文献における ZPO に関する学術研究、 散見される新 ZPO への批判

### 1 新 ZPO に関する文献

すべての州に適用される統一的な民事訴訟法典が登場したことで、多くの学術出版物が世に出された。個別問題に関する多くの出版物と共に、新法についての教科書やコンメンタールが続々と出版されている。2009年に、専門家委員会のメンバーでもあった、ローザンヌの教授である JACQUES HALDY<sup>96)</sup> が著したものと、ジュネーブの弁護士で、国民議会議員、国民議会法務委員会のレポーターでもあった CHRISTIAN LUESCHER が弁護士仲間の DAVID HOFMANN と共に著したものの<sup>97)</sup>が皮切りとなった。続いて2010年に、チューリッヒの民事訴訟法学者である ISAAK MEIER<sup>98)</sup>、ザンクトガレン商事裁判所所長で教授である CHRISTOPH LEUENBERGER と ザンクトガレン州裁判所裁判官の BEATRICE UFFER-TOBLER との共著によるもの<sup>99)</sup>が出版された。さらに、新 ZPO のコンメンタールも出版された。まずもって挙げるべきは、DOMINIK GASSER と BRIGITTE

---

93) 同様のことは金銭執行についても当てはまる。ZPO によって改正された SchKG 81条1項を参照。

94) Systematische Rechtssammlung (SR) 291, 次の Web ページで閲覧可能である。http://www.admin.ch/ch/d/sr/2/291.de.pdf.

95) 詳細については次を参照：Botschaft ZPO, S. 7386 ff.

96) JACQUES HALDY, La nouvelle procédure civile suisse, Basel 2009.

97) DAVID HOFMANN/CHRISTIAN LÜSCHER, Le Code de procédure civile, Bern 2009.

98) ISAAK MEIER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, eine kritische Darstellung aus der Sicht von Praxis und Lehre, Zürich 2010.

99) CHRISTOPH LEUENBERGER/BEATRICE UFFER-TOBLER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010.

RICKLI による小コンメンタールであり、両名とともに議会手続において連邦司法省の協力者として法の作成に直接かかわった<sup>100)</sup>。この間に、ZPO に関する大コンメンタールも世に現れてきた。たとえば、元連邦裁判所裁判官で、チューリッヒの正教授である KARL SPUEHLER がクルルの弁護士である LUCA TENCHIO と DOMINIK INFANGER と共同編集した業績<sup>101)</sup>がそうである。この種のコンメンタールはさらに、いずれも専門家委員会委員であった、THOMAS SUTTER-SOMM, FRANZ HASENBOHLER と CHRISTOPH LEUENBERGER の手によるものも出版された<sup>102)</sup>。以後、続々とコンメンタールは出版されている<sup>103)</sup>。幾つかの博士論文においても、新 ZPO の重要問題について考察がなされており、そのようなものとして、たとえば、RAFAEL KLINGLER<sup>104)</sup>、TOYLAN SENEL<sup>105)</sup>、YVES RUEEDI<sup>106)</sup>、BENEDIKT SEILER<sup>107)</sup> の業績をあげることができる。

## 2 批判点

学説においては、ZPO の幾つかの点に批判がなされている。この批判は、一つは、とくに表面上は同時提出主義を厳格なものにしたことに対する批判という、法政策的性質を有するものである。その他、立法技術上、あるいは理論上の観点から、法は重要な点について規定を設けていないとの批判がなされている。ZPO を

---

100) DOMINIK GASSER/BRIGITTE RICKLI, Schweizerische Zivilprozessordnung, Kurzkommentar, Zürich/St. Gallen 2010.

101) KARL SPÜHLER/LUCA TENCHIO/DOMINIK INFANGER (Hrsg.), Basler Kommentar. Schweizerische Zivilprozessordnung, Basel 2010. Vgl. weiter auch KARL SPÜHLER/ANETTE DOLGE/MYRIAM GEHRI, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 9. Aufl., Bern 2010.

102) THOMAS SUTTER-SOMM/Franz HASENBÖHLER/CHRISTOPH LEUENBERGER (Hrsg.), Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung, Zürich 2010.

103) さらに、次の民事訴訟法コンメンタールをあげることができる。: MYRIAM A. GEHRI/MICHAEL KRAMER (Hrsg.), ZPO Kommentar, Zürich 2010; BAKER & MCKENZIE (Hrsg.), Schweizerische Zivilprozessordnung, Bern 2010; PAUL OBERHAMMER (Hrsg.), Kommentar zur ZPO, Basel 2010.

104) Vgl. oben Anm. 18.

105) TOYLAN SENEL, Das handelsgerichtliche Verfahren nach der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel 2010.

106) YVES RÜEDI, Materiell rechtswidrig beschaffte Beweismittel im Zivilprozess, St. Gallen 2009.

107) BENEDIKT SEILER, Die Berufung nach der neuen Schweizerischen Zivilprozessordnung, Diss. Basel 2010.

基盤とする訴訟物概念および既判力の範囲の法的定義は、激しい批判に晒されている。既判力が法に定められていない状況は、「立法者の著しい過誤」と批判されている。；すなわち、将来の判例がまったく異なる帰結を導くことを排除できないというものである<sup>108)</sup>。しかしこのような理解はかなり特異なものであり、多くの者は、正しい解決方法を立法者は選択したという反対の立場を主張している<sup>109)</sup>。むしろ ZPO は、種々の点で訴訟物と既判力の内容について沈黙することを前提としている。たとえば、消極的訴訟要件や、同一の訴訟物についての二重起訴の禁止、既判力の抵触（ZPO 59条 2項 d号および e号）の場合や、訴えの取下げの効果（ZPO 65条）あるいは訴えの変更（ZPO 27条 1項）との関係でそうである。これにより、連邦法上、判例の更なる展開が期待できる<sup>110)</sup>。立法的には、訴訟物および既判力の法的定義づけを断念することは、連邦法の判例の展開を不必要に制限しないためにも、意味あるものであった。

これから数年の裁判実務が、新 ZPO のいかなる領域で、改善のための立法が必要であるかを明らかにするだろう。

\* [] = 訳者補足

108) So PAUL OBERHAMMER, in Basler Kommentar (hrsg. von K. SPÜHLER), Vor Art. 236-242 N. 27 (vgl. Anm. 101). くわえて、スイスの法伝統の中核である ZGB 1条も参照せよ。2010年 3月10日の新しい判決で、連邦裁判所は訴訟物の定義づけを次のように再度確認した。すなわち、「判例によれば訴訟物は、訴訟上の請求とこれを根拠付けるために提出された事実、すなわち請求を基礎付ける事実全体によって確定される。」Siehe BGE 136 III 123 ff., E. 4.3.1 mit Hinweisen.

109) 訴訟物と既判力の法的定義づけを断念した点については次の文献を参照せよ。： THOMAS SUTTER-SOMM, Rechtspolitische Grundsatzfragen des Zivilprozessrechts, in: Schweizerische Zeitschrift für Zivilprozess und Zwangsvollstreckungsrecht (ZZZ) 2005, S. 9 ff. さらに原則問題と裁判実務については以下を参照せよ。： THOMAS SUTTER-SOMM, Schweizerisches Zivilprozessrecht, Zürich 2007, Rz. 504 ff.; D. GASSER/B. RICKLI, Kurzkomentar ZPO, Art. 60 ZPO, N. 5 f. (vgl. Anm. 100); ferner CH. LEUENBERGER/B. UFFER-TOBLER, Zivilprozessrecht, S. 164 ff., Rz. 7.3 ff. (vgl. Anm. 99); KARL SPÜHLER/ANNETTE DOLGE/MYRIAM GEHRI, Schweizerisches Zivilprozessrecht (vgl. Anm. 101), S. 121 ff., insbes. S. 123 f).

110) 連邦裁判所の判例における訴訟物概念の展開と傾向については、特に次の文献を参照せよ。： GREGOR VON ARX, Der Streitgegenstand im schweizerischen Zivilprozessrecht, Diss. Basel 2006. Zum letzten, in der offiziellen Sammlung publizierten Entscheid siehe oben Anm. 108.

[訳者後記]

本稿は、2012年2月14日に立命館大学朱雀キャンパス法科大学院において開催されたバーゼル大学法学部トーマス・ズッター＝ゾム教授による「新スイス民事訴訟法」に関する講演原稿の翻訳である。本学会誌に翻訳原稿の公表をご快諾いただいたズッター＝ゾム教授には心より感謝申し上げる次第である。実は、本企画は、2011年3月に予定されていたが、東日本大震災の影響で残念ながら延期せざるを得なかった。ズッター＝ゾム先生からは何度も日本に対するお見舞いのメールを頂いていたところ、機を見て必ずや京都を訪問し、日本とスイスとの学術交流を展開したいとの強いご希望が実り、今回の学術講演会の開催の運びとなった次第である。しかし、今度は、私の方の個人的な事情により本稿の公表が大幅に遅れざるを得なかった。ズッター＝ゾム先生および関係者の皆様には心よりお詫び申し上げます次第である。

さて、ズッター＝ゾム教授の経歴について簡単にご紹介しておくと、1956年生まれ、配偶者であるカーリン・ズッター＝ゾム博士も行政法を専攻する研究者であり、お二人御嬢さんがいらっしゃるそうである。1975年から1980年までバーゼル大学法学部で法律学を学び、1984年に法学博士号を取得、1983年から1988年までバーゼル大学法学部助手、1988年から2011年まで司法省国法・行政部門でデータ保護に関する立法作業に従事、1990年から1999年まで家族法改正プロジェクト室長、ヨーロッパ評議会家族法専門家委員会代表、1999年以降民事訴訟法改正作業担当、1992年以降フライブルク大学法学部非常勤講師、1997年スイス民法、民事訴訟法、近代私法史担当の教授資格取得（指導教授は Prof.Dr.Bernhard Schnyder）、1999年スイス民事訴訟法統一専門家委員会委員長、2000年フライブルク大学法学部名誉教授（ドイツでは正教授職以外に授与）、2000年から2002年までバーゼル大学法学部助教授（民法・民場訴訟法）、2001年ルツェルン大学法学部教授（民法、民事訴訟法、近代私法史）、2001年バーゼル大学法学部教授（民法・民事訴訟法）、2002年ルツェルン大学法学部常任客員教授、2005年から2007年までバーゼル大学法学部長、2007年バーゼル大学評議会議長などを歴任されている。

かつてスイス連邦共和国はあたかも欧州連合のミニチュア版と喩えられた。スイスの26州は、ドイツ法系、フランス法系、イタリア法系など、それぞれの州が多種多彩な特色のある民事訴訟法典を制定し、その結果、長い間、各州の法の分裂と州連邦主義の弱体化を齎してきた。本報告では、まず26の各州に毎に分かれていた州民事訴訟法のスイス連邦全体での統一について、とりわけ、スイス民事訴訟法典の制定の背景、起草過程とその指針、民事訴訟法典の構想と構成、一般規定と特別規

定、とりわけ、調停前置手続やメディエーションについて取り扱っており、また学説の立場から新しい民事訴訟法典に対する鋭い批判などにも言及されている。今回の新スイス民事訴訟法の指導原理として、法典主義、州の民事訴訟法のこれまでの伝統を受け継ぐこと、「欠缺に対する勇気」、法実務の現実を考慮、「社会的民事訴訟」へ後退しない、裁判所組織は原則として州の権限のままとする、法政策的に重要な領域についての「妥協的解決」の必要性、実体私法との調和等について言及されている。本稿は、立法担当者である専門家によって丁寧な説明がされており、新スイス民事訴訟法を鳥瞰する上で極めて重要な資料となると確信している。なお、本研究は、(財)全国銀行学術研究振興財団2009年度【研究テーマ】：「欧州連合におけるADR法制」および科学研究費基盤(B)課題番号：22402013「民事訴訟原則におけるシビルーとコモソローの収斂」の研究成果の一部である。

[出口雅久記]