

ディスカヴァリーの歴史

目次

- I はじめに
- II エクイテイの生成から19Cまで
- III ディスカヴァリーの起源
- IV 終わりに

金
祥
洙

I はじめに

(1) 歴史を知る必要性

最近の民事訴訟法改正に際しては、訴訟における情報や証拠の開示のあり方が重要な問題となった。このため、訴訟における情報や証拠の開示を積極的に行っている英米法、とくにそれを可能にしているディスカヴァリー (discovery)⁽¹⁾ があらためて注目を集めるようになったのは、周知のとおりである。ところで、日本では、ディスカヴァリーの歴史にふれる研究はほとんどみられないのが現状であると思われる。ディスカヴァリーというのがどのような制度であるかについては、もちろん紹介されているが、それらは普通同制度の現状を述べるものであり、その起源ないし沿革を掘り下げて研究したものはほとんど見あたらないからである。

ディスカヴァリーとの関連から、客観的事実と認定事実を一致させるには、訴訟上の一般的解明義務を徹底し、情報および証拠を当事者が共有する真の意味における武器平等を保障することが訴訟法(立法)の任務であるとの主張もなされており、ディスカヴァリーの導入はこれからも重要な課題として議論にされることになると考えられる。ディスカヴァリーを導入すべきか否か、さらにはどの範囲で導入すべきかを議論する場合には、まずその歴史的背景を十分に把握しておくことが必要であろう。そうでないと、ディスカヴァリーの正確な意義ないし趣旨を理解しにくいからである。

(2) 本稿の構成

本稿は、ディスカヴァリーの生成とその展開、そしてその起源を探ろうとするものである。議論の展開上、時代順ではなく、まず14Cのディスカヴァリーの生成期から19Cのエクイティとコモン・ローの統合までを取り扱い、引き続きなぜイギリスではディスカヴァリーが使われるようになったかを取り上げた後、結びに代えることにする。このような研究によつて、ディスカヴァリーに関する議論の活性化とその導入に少しでも役立つことになれば幸いである。

II エクイティの生成から19Cまで

(1) エクイティの生成期

ディスカヴァリーとは、エクイティでその生成とともに使われ始めた、いわば手続上の情報の強制的開示手段⁽³⁾である。そこで、ディスカヴァリーの歴史を知るためには、まずエクイティの生成を知る必要がある。周知のように、エクイティは、既存のコモン・ロー裁判所に代わる大法官裁判所 (court of chancery) で用いられた法を指す。したがって、エクイティはまたこの大法官裁判所の創設とともに生成したものである。14C (Edward IIの頃) に登場した大法官裁判所は、簡単にいって、コモン・ローとは異なった権利救済を求める国王への申立てが急増し、その処理のために作られた裁判所である⁽⁴⁾。また、大法官裁判所の発達は、コモン・ローだけでは十分な権利救済を得ら

れない国民のために、法の適正手続 (due process) が強調されたことにも起因する。⁽⁵⁾

コモン・ローでは得られない権利救済を求める国民の申立ては、最初は国王や国王と議会に対してなされ、あとから大法官に直接なされることになった。大法官 (chancellor) の所属する大法官府 (chancery)⁽⁶⁾ は、国王教会 (king's chapel) に置かれた王立大臣 (royal secretariat) として出発し、しかも国王教会ということからも分かるように、中世のほとんどの大法官は主教 (bishop) かたまに大主教 (archbishop) であった。⁽⁷⁾ エクイティでディスカヴァリーを用いることになった原因としては、エクイティとは異なったその当時のコモン・ローの特性を考慮しなければならぬ。

すなわち、コモン・ローの証拠法則は、当事者の宣誓を禁止し、結局、ディスカヴァリーの利用を不可能にしたのであるが、これは次のような理由からである。⁽⁸⁾ コモン・ロー手続は、本質的に戦闘的なトライアル (trial-by-battle) または肉体的な対決 (physical combat) による紛争の解決を目的とするものであった。紛争解決のためなら、若干の違法な手段を用いたとしても有効なものとなったし、それにもかかわらず、コモン・ロー手続の徹底した当事者対立主義的な性格は変わることがなかった。コモン・ロー手続とは、いわば各当事者が相手方の裏をかき、出し抜こうとする二人の戦闘者の争いであり続けたのである。そして、ディスカヴァリーとの関係から重要となる当事者の宣誓は、偽証を惹起させることになると考えられ、そもそも当事者を宣誓させることもコモン・ローでは行われなかった。

このように当事者を宣誓させることができなかつたことは、コモン・ロー手続でのディスカヴァリーの利用を不可能にしたが、⁽⁹⁾ さらに重要なことは、裁判所の特別な権限の存在である。すなわち、ディスカヴァリーは当事者の宣誓を要求するだけでなく、裁判所に十分に開示 (disclosure) が行われるように手続を指揮する権限を必要とす

るが、このような権限もコモン・ロー手続にはなく、コモン・ロー裁判所はそもそも文書の開示や質問書への回答を強制できる権限をもたなかったのである。

エクイティでは、コモン・ローとは異なって、プリディングと必要的尋問を導入し、さらに大法官は当事者間の私法上の戦鬪の単なる審判人ではなく、また前述した大法官裁判所の生成からも分かるように、国王の代理人であった。¹⁰¹このため、大法官は、自己の命令に違反する当事者に対して、一定の制裁を課しうる権限をもっていたし、これが法廷侮辱罪 (contempt) を問いうる権限の始まりとなったのである。¹⁰²ただし、現代のディスカヴァリーは、トライアル前に当事者に事件を準備するための情報を提供することを主要な目的としているのであるが、これと異なり、エクイティ手続でのディスカヴァリーは裁判官に情報を提供するのと同じ程度にまで、当事者に情報を提供することを目的とするものではなかった。¹⁰³このことは、ディスカヴァリーが過去にはコモン・ローとは異なったエクイティで用いられたのに対し、現在には基本的にコモン・ロー的な当事者対立主義を基調とする手続で用いられること (ディスカヴァリーを用いる現在の裁判官とエクイティの裁判官の差異) を比較すれば、理解しやすい。

以上、コモン・ローとの関係からエクイティでディスカヴァリーが使われるようになった理由としては、次のようにまとめることができる。まず、ディスカヴァリーが相手方に宣誓に基づく情報の提出を要求する制度であることに注目すべきである。真実のことを述べる必要がなく、それに何ら制裁や不利益が伴わないとすれば、ディスカヴァリーは機能しえなくなるので、訴訟当事者にトライアルでの宣誓を強制することが前提条件となる。したがって、宣誓の強制とそのため裁判所の権限は、ディスカヴァリーの生成を理解する上で重要な鍵となる。さらに、前述したように、大法官裁判所は国王教会におかれ、初期の大法官は聖職者であったので、必然的にイギリスの教会裁判所 (ecclesiastical court) の影響を強く受けたことも看過してはならない。このことも、あとにふれるが、デ

イスカヴァリーの起源を理解する上での重要な鍵である。

(2) デイスカヴァリーの利用形態

デイスカヴァリーはもともと、原告が大法官に訴状 (bill of complaint)⁶⁴ を提出するとき、実体的な権利救済だけでなく、宣誓による被告の答弁を要求するという開示をも申し立てることによって行われた。⁶⁵ このように、デイスカヴァリーの利用主体だったのは、基本的に原告である。また、原告が被告に対して回答を要求するデイスカヴァリーの申立ては、一体として訴状の構成部分となっていた。⁶⁷

初期のデイスカヴァリーの内容は、一般に質問書 (interrogatories) による情報の開示を要求することであった。⁶⁸ 相手方の文書を提出させることは、そのつど裁判官の命令を得なければならなかったため、現在のように容易ではなかった。⁶⁹ 文書の開示は被告の財産権を侵害するものと考えられたため、原告は、目的物は被告がもっており、それが自己の請求のための証拠になりうることを証明しなければならなかったからである。そこで、文書や証拠を提出させるための一般的な手続として、大法官が発令する文書提出命令状 (subpoena duces tecum) が利用された。⁶⁹

とはいえ、デイスカヴァリーの対象となつたのは、原則として正義の求めるすべての場合に及んだ。被告は、宣誓により、自己の持つすべての関連証拠を提出すべきであったし、自己が知っているすべての事実について、その存在が全く原告に知られていなくとも、開示すべきであった。⁷⁰ また、開示を強制する大法官の権限の行使は、証拠を得るための現存訴訟の当事者に対してだけでなく、潜在的な証人の宣誓証言を確保するために将来の訴訟の当事者に対しても可能であった。⁷⁰ ただし、開示の範囲は現在より狭く、いくつかの制限があった。たとえば、刑罰や財

産の没収につながることになる、いいかえれば開示が民事または刑事罰を生じさせる場合には開示の義務はなかったし、草創期には秘密の情報または訴訟戦略を明らかにする必要もなかった。

ちなみに、ディスカヴァリーの実情を間接的に示す二つの事例を取り上げておくことにする。まず、*Field v. Yimre* 事件²³（筆者が調べた限りではもっとも古いディスカヴァリーに関する判例）では、事実関係は不明であるが、次のように判示されている。

「問題となる事項の真実に関するトライアルが被告の宣誓とともに行われることを知ることになる以上、被告は原告による質問書に答えなければならず、その回答に基づき当該事項が原告に有利にならない場合には、原告は被告の訴訟費用を負担し、かつ訴えは却下されることになる。」

また、ディスカヴァリーの要求が認められなかった *Radcliffe v. Fursman* 事件²⁴ では、被告の私的な利用と満足のために提示された被告の弁護士の意見は、次のようにその対象ではないと判示されている。

「本件のようなやり方（弁護士の意見に対するディスカヴァリーも認められるとする主張―筆者注）が生ずれば、すべてのこのような法の予防措置（依頼人の秘匿特権―筆者注）は回避されるし、依頼人は、むき出しの要求に基づき、弁護士が意見と助言を述べた場合だけでなく、類推により弁護士がなしたブリーフまたはその他の教示をも含めて、それらが両者の相談においてなされたものであるときでも、開示させられるはめになる。相手方は、事件で述べられたと予想されるいくつかの特定事実または事情のディスカヴァリーを単に求めたのではなく、事件に関する対話と書信のようなどころで述べられたすべてを求めたのである。このようなことが生ずれば、その多くの事項は、弁護士がついた事件に含まれており、それはまたディスカヴァリーを求めた当事者とは何ら関係のないものである。」

他方、コモン・ローでは、前述のように、デイスカヴァリーは認められていなかったが、そこでの当事者が全くデイスカヴァリーを利用できなかったのではなく、大法官裁判所にデイスカヴァリーだけを目的とする令状を求むることによって、迂回的にこれを利用することができた。コモン・ロー手続の当事者は、エクイティの力を借りて相手方もっている情報や証拠を開示させたのである。このことは、証人の宣誓証言の確保または相手方からの開示を得るための令状(93)は、エクイティ上の救済を求める者だけが利用できたのではなく、コモン・ロー上の原告または被告もエクイティを通じて、コモン・ロー手続で利用するための開示と証人の宣誓証言の確保を得ることができたことを意味する。15Cにすでにこのような例があるといわれる。

そこで、後述のようにコモン・ローでもデイスカヴァリーが認められるまで、コモン・ロー訴訟を援助する開示令状が大法官裁判所の主要な仕事となっていたし、大法官裁判所に求められた令状は、ほとんどデイスカヴァリーを求めるものであった。しかも、デイスカヴァリーがコモン・ローとの関連から出されると、大法官裁判所は必要に応じて、コモン・ロー訴訟を停止させるインジャンクションを発令することもできた。このようになると、たとえば、占有侵害の禁止のためのインジャンクションと同時に発令される、文書の提出を命じるデイスカヴァリーの存在は、コモン・ロー訴訟当事者がコモン・ローだけで占有権原に関する訴訟を進行することが無意味であることを悟らせた。デイスカヴァリーとともにエクイティで発生したインジャンクションのため、コモン・ローだけではほとんど権利救済を期しえなかつたからである。このようなことにより、コモン・ローとエクイティ間の事件の移動は、不便、不要な費用、管轄上の争いその他遅延を生じさせたが、この問題の解決は、後述するように19C半ばをまたなければならなかつたのである。

(3) コモン・ローでの変化

ディスカヴァリーの利用状況からも分かるように、それを利用したのは、普通、エクイティではなくコモン・ロー手続の当事者である。⁶⁰⁾ このため、大法官裁判所のほうからコモン・ロー裁判所に、コモン・ローでも宣誓証言を確保する令状の使用を採択してどうかと提案されたが、コモン・ロー裁判所は、いずれにせよ当事者は大法官裁判所のところにおいてディスカヴァリーを得ることができたにもかかわらず、このような提案を拒否した。⁶¹⁾

しかしながら、いずれコモン・ローでも開示手続がない問題を解決しなければならなかったことは、いわば時代の要請であったと考えられる。その最初の方策として、1851年の証拠法 (Evidence Act of 1851, 14 & 15 Vict.) により、次のように、同法第6条で、コモン・ロー裁判所は、エクイティ裁判所がディスカヴァリーを認めるのなら、文書の調査を強制できる権限を有するとの条文をもつことになった。

「訴訟またはその他の法的手続がコモン・ロー裁判所（その他いろいろ挙げられているが省略—筆者注）に係属しているときにはいつでも、かかる裁判所またはその裁判官はそれぞれ、訴訟当事者の申立てにより、相手方当事者に対し、本法が通過する前のすべての事件においては、当該裁判所または裁判官にそのように申し立てた当事者の申立てによりエクイティ裁判所では令状 (bills) の提出によりまたはその他の手続によりなされるディスカヴァリーとして、当該訴訟またはその他の法的手続に関連する、相手方当事者が所持または管理する文書を申請当事者が調査すること、および必要があれば、その適正な写しをとることまたは検認のためにそれを提出すべきことを、命じることができる。」

コモン・ローでは、これにより部分的に証拠法上の手続としてディスカヴァリーを認めたことになり、引き続き、⁶²⁾

これを取り入れた1854年のコモン・ロー手続法 (Common Law Procedure Act of 1854. 17 & 18 Vict.) では、同法第50条に「文書のデイスカヴァリー」というタイトルでデイスカヴァリーを規定し、次のように、質問書の使用と文書の検索 (inspection) を認めた。

「上位裁判所 (superior court) での訴訟またはその他の手続の当事者の申立てにより、デイスカヴァリーまたはその他の対象となりうる文書の提出のため、その文書を相手方が所持または管理していると主張する申立人の宣誓供述書に基づき、裁判所または裁判官が、申立ての相手方とされた当事者に対し、または法人体であればその法人体と目されるその機関に対し、紛争の対象と関連するその者が所持または管理する文書について、またはその存在についてその者が知っている事項について、それらを述べる宣誓供述書に基づき答弁をなすべきことを命じるのは適法である。この場合、デイスカヴァリーを要求された者が、何らかの理由に基づき自己が所持または管理する文書の提出に異議を述べるか否かにかかわらない。裁判所はデイスカヴァリーを求めた当事者の申立てにより、適当とされるそれに関するその他の命令を出すことができる。」

この両法によって、コモン・ロー裁判所にも正式にデイスカヴァリーを命じる権限が認められることとなったのである。

他方、デイスカヴァリーの利用につき、エクイティにも問題がなかったわけではなく、被告としては反対令状 (cross-bill) ⁶⁴ が必要であるためこれを得るのが困難であったこと、プリディングの修正が容易でなかったことがそれである。このような問題やエクイティとコモン・ローという二元化された制度上の問題を解決するため、次にみるように、1873年に最高法院法 (Supreme Court of Judicature Act of 1873. 36 & 37 Vict.) が制定される。これによって、エクイティとコモン・ローが統合され、等しくデイスカヴァリーを利用できるようになったし、現在の

イギリスとアメリカ(もちろん強制的な開示や deposition などイギリスより相当進んでいるが)のディスカヴァリーの原型ができあがったのである。

(4) 最高法院法の制定

1873年の最高法院法とその施行細則を定める1875年の命令(Ord^{er})が、それから若干変更されて、現在のディスカヴァリーに受け継がれている。1873年8月5日に公布された最高法院法は、そのスケジュール(Rules of Procedure)として手続に関する細則を定め、このスケジュールに、「ディスカヴァリー」というタイトルで25条から27条の3か条があつた。しかし、1875年8月11日に公布された改正最高法院法(38 & 39 Vict.)では、手続の細則を定める命令として、命令31条に「ディスカヴァリーと検索(inspection)」というタイトルで、先のスケジュールを大幅に補充したディスカヴァリーに関する23個からなる条文が設けられた。この命令31条は、先のスケジュールより詳細でありかつ現在の規則の原型に近く、その内容はやや長いが、次のように紹介しておくことにする。

「1. 原告は訴状の送達時にまたはその後プリディングの終了前にはいつでも、被告は抗弁の提出時にまたはその後プリディングの終了前にはいつでも、そのための命令を得ることなしに、裁判所または裁判官の許可を得ればいつでも、相手方当事者を調査するための書面の質問書を、その下端にこの質問書を受領した者は回答しなければならぬ旨を注記して、送達することができる。ただし、当事者は、そのための命令なしには、同一の当事者にワン・セットを超過する質問書を送達することができない。

2. 裁判所は、訴訟費用を定める際、当事者の申立てにより、提示した当該質問書の妥当性を調べるための調査をしなければならぬ。そして、費用を決定するマスターの、または裁判所もしくは裁判官の意見が、当該質問書が不相当に、濫用的にまたは不当に長いものであるというのであれば、かかる質問書とその答弁によって生じた費用は、当該質問書を送達した者が負担しなければならない。

3. 質問書の様式は、様々な事情にしたがった、ここでのアペンディックスBの Form No.7によることができる。

4. 訴訟当事者が会社または株式会社である場合には、法人格の有無またはその他の人格体の如何にかかわらず、法によって、訴えまたは訴えられることができ、自己の名前またはその機関もしくはその他の人の名前によるかにかかわらず、相手方にかかる団体、会社または法人のメンバーもしくは機関に質問書を送達することを許可するよう、非公開手続により申請することができ、命令はそれにしたがってなされる。

5. 質問書への回答を要求された当事者は、みずからまたはメンバーもしくは機関によって、質問書の送達から4日以内に、質問書が中傷的もしくは関連性がないこと、またはそれが訴訟のために善意でなされていないことを理由に、またはその他を理由に、非公開手続により質問書の排除を申し立てることができる。裁判官は、質問書が異議の対象になると判断すれば、その排除を命ずることができる。

6. 質問書は、10日以内に、または裁判所が命ずるその他の日時までに提出されるべき宣誓供述書に基づき回答されなければならない。

7. 質問書に対する回答の宣誓供述書は、裁判官の別途の命令のない限り、3フォウリオを超えれば、プリントされなければならない、かつ様々な事情にしたがった、ここでのアペンディックスBの Form No.8によることができる。

8. 質問書に回答することを問題とする異議は、宣誓供述書に述べられたその理由とともに提出することができる。

9. 異議は答弁における宣誓供述書に対するものであってはならず、不十分なものとして異議の提出された当該宣誓供述書の充分性またはその他は、申立てまたは召喚状により裁判所または裁判官によって決定されなければならない。

10. 質問書を受領した者が回答をしないか、または不十分に回答すれば、質問当事者は、回答をまたは事情によりさらなる答弁をなすべきことを命ずるよう、裁判所または裁判官に申し立てることができる。命令は、裁判官が決めた宣誓供述書または直接尋問 (viva voce examination) により、回答またはさらなる回答をなすことを内容とする。

11. 訴訟または手続の係属中には、裁判所または裁判官が、自己が正当と考える方法で、当該訴訟または手続で問題となる事項と関連する、当事者が所持または管理する文書を宣誓に基づき提出すべきことを命ずるのは適法である。裁判所は、当該文書が提出されれば、適切な方法でそれを取り扱うことができる。

12. 当事者は、訴訟で問題となる事項と関連する、その他の当事者が所持または管理する文書を宣誓に基づき提出すべきことを、その他の訴訟当事者に命じるよう、宣誓供述書を提出することなしに裁判官に申し立てることができる。

13. 前項の定めに基づきなされた命令を受けた当事者がすべき宣誓供述書は、場合により、そこで述べられた文書の中でその提出に異議するものを特定しなければならず、それは、様々な事情にしたがった、ここでのアペンドイックスBのForm No.9によることができる。

14. 訴訟またはその他の手続のすべての当事者は、ブリーディングまたは宣誓供述書で文書を引用した当事者に、その審理の前または審理のときに書面の通知をすることによって、通知をした当事者またはそのソリシターの検索のために当該文書の提出を要求することができる。この通知にしたがわない当事者は、あとに当該訴訟または手続で自己のための証拠として当該文書を自由に提出することができない。ただし、その者が、当該文書はもっぱら訴訟での被告たる自己の権利に関するものであること、またはかかる通知に従わないその他の十分な理由のあることを裁判所に明らかにすれば、この限りでない。

15. ブリーディングまたは宣誓供述書で引用した文書の提出を求める通知は、ここでのアペンディックスBの Form No.10によらなければならない。

16. 通知を受けた当事者は、そこで引用されたすべての文書が第13項の定める宣誓供述書で述べられている場合には、当該通知の受領から2日以内に、またはかかる通知で引用された文書のいずれかがかかる宣誓供述書で述べられていない場合には、かかる通知の受領から4日以内に、当該通知をした当事者に対し、自己の送達から3日以内の時点で、提出に異議をせずソリシターの事務所を検索されうる文書を述べる、およびもしあれば提出に異議する文書をその理由とともに述べる、通知をしなければならない。当該通知は、様々な事情にしたがった、ここでのアペンディックスBの Form No.11によることができる。

17. 第15項に基づく通知を受けた当事者が、検索のための時期に関する通知をしないか、または検索の提供に異議をする場合には、検索を求める当事者は、裁判官に検索を命ずるよう申し立てることができる。

18. 文書の検索命令を求めるすべての申立ては、裁判官に対するものでなければならぬ。当該申立ての相手方のブリーディングまたは宣誓供述書で引用された、または文書に関する宣誓供述書で開示された文書の場合を除き、

当該申立ては、文書の検索が要求されるべきことを明らかにする宣誓供述書に基づき、申立当事者はその文書を検索する権利があること、およびその文書はほかの当事者の所持または管理下にあることを根拠としなければならない。

19. ディスカヴァリーまたは検索を要求された当事者が、それに対してまたはその当事者に対して異議を申し立てる場合には、裁判所または裁判官は、当該ディスカヴァリーまたは検索を要求する権利が訴訟での紛争における争点または問題の決定に関わっていること、またはその他の理由により訴訟での紛争における争点または問題がディスカヴァリーまたは検索を求める権利を決定する前に決定されるのが望ましいこと、を認めれば、当該争点または問題を先に決定し、ディスカヴァリーまたは検索の問題を留保することを命ずることができる。

20. 当事者が質問書への回答、または文書のディスカヴァリーもしくは検索を求める命令にしたがわない場合は、差押え (attachment) に服する。それが原告であれば、懈怠による訴え却下の対象となり、被告であれば、もしあれば抗弁は排除され、抗弁をしなかったのと同じ地位に置かれ、質問書を出した当事者は、その効果を命ずることを裁判所または裁判官に申し立てることができ、命令はそれにしたがってなされる。

21. 当事者に対してなされたディスカヴァリーまたは検索を要求する命令のそのソリシターへの送達は、その命令の不履行に対する差押えを求める申立ての根拠となる、十分な送達でなければならぬ。しかし、差押えを求める申立ての相手方となった当事者は、当該申立てに対する答弁において、自己は命令の通知を受けなかったまたはそれを知らなかったことを明らかにすることができる。

22. 前項に基づき送達されるディスカヴァリーまたは検索の命令を受ける当事者のソリシターで、自己の依頼人にその通知をするよう相当の注意をしない者は、差押えに服する。

23. 当事者は、訴訟または争点のトライアルにおいて、質問書への相手方当事者の回答の一つまたはそれ以上を、その他の回答を提出することなしに、証拠として利用することができる。ただし、裁判官が回答のすべてを参照できる場合には、この限りではない。裁判官の意見が、未提出の回答が提出のものと関連しているため、提出した回答はそれらなしでは利用できない場合には、裁判官はそれらを提出すべきことを命ずることができる。」

Ⅲ デイスカヴァリーの起源

さて、エクイティで使われることになったデイスカヴァリーは、いったいどこからきたものであろうか。これについては、様々な見解があるが、およそローマ法とイギリス教会法との関連から論じられるのが通常である。

まず、デイスカヴァリーは、ローマ法（市民法と教会法）上の制度がイギリスの教会裁判所を経てもたらされた⁸⁹と主張する見解がある。この見解は、宣誓に基づく回答を強制できたのは、イギリス教会法上の手続であり、これはWilliam 征服王がローマ法（市民法と教会法）から導入したと説く。次に、デイスカヴァリーは、古代ローマ法ではなく、ローマ教会法（Romano-Canonical Law）から由来するとの見解も主張されている⁹⁰。その理由は、宣誓に基づく質問書制度（interrogationes）は、主張（position）とこれに対する回答（answer）から構成されるが、このような手続は古代ローマ法ではなくローマ教会法において用いられていたという点である⁹¹。さらに、より具体的に、イギリスのエクイティは、12Cごろ教会法から発達した特別な手続である *denunciatio evangelica* より実体的にも手続的にも影響を受けたとの主張もある⁹²。この見解は、両方の手続において、裁判官は事実認定において中心的な役割を果たし、被告は原告の要求により回答が強制されると説明する。これらに対し、回答の強制はローマ法ではな

く、大法官がイギリス国王の代理人であったために行われたとの主張もある。⁴²⁾

思うに、デイスカヴァリーの根幹をなす召喚状と宣誓に基づく必要的尋問という手続は、確かにローマ法に起源をもつと解するのが妥当であろう。とりわけ、現在も使われている質問書を意味する *interrogatories* とユステイニアス帝以前のローマ法上の質問に基づく訴権 (*actio interrogatoria*) という用語からみてもそうである。また、前述したように、草創期の大法官とそのアシスタントらは、ほとんどローマ法を幅広く勉強した聖職者であったことも考慮しなければならない。これに加え、イギリス法はローマ法の影響を多く受けたことも、ローマ法起源の根拠となる。

イギリスでは、大陸法系のとる裁判制度とは異なるコモン・ロー手続が先行し、これを補完する形でエクイティ手続があとから登場したのであるが、エクイティはまたコモン・ローとは異なる手続構造をもつのを特色とする。このことは、エクイティがコモン・ローの競争相手として積極的に違った手続を導入・工夫することになる原因を提供したことになったと考える。さらに、エクイティを形作ったその初期の運営者は、聖職者としてローマ教会法の影響を受けたのは前述したとおりであるが、宗教的な特色として真実を強要しがちであるといえる教会法の手続が、教会関係という特別な部分に適用されるのではなく、エクイティという一般的な手続に適用されるようになったことも、デイスカヴァリーの起源を理解する上での重要なファクターである。

結局、ローマ法を起源とするのは確かであり、とくに、すべての書証の存在をプリディングすべきこととなっていたし、よって相手方はその写しを与えられるだけでなく、原本を調査する最大の機会を持っていた、ローマ教会法とこれにしたがったイギリス教会法に直接つながる。しかし、単にローマ教会法の起源とみるのではなく、それは古代ローマ法の質問に基づく訴権の影響を全く受けなかったともいえないから、少なくともローマ法上の質問に

基づく訴権の影響を受けたとみるのが妥当であろう。すると、デイスカヴァリーは、古代ローマ法→ローマ教会法→イギリス教会法→エクイティという過程を経て生成・発展して現在に至った制度であると思われる。

Ⅳ 終わりに

デイスカヴァリーは、以上のようにコモン・ローでなくエクイティで発展した。後者の手続は、英米法と比較される大陸法系の裁判官主導的な裁判手続に類似する。このことからみれば、大陸法系としては、デイスカヴァリーが自己の法構造と矛盾するまたはふさわしくないと主張するのは、適切な言い方ではないであろう。大陸法系では、教会法上の手続としてはともかくとして、通常の手続においてはデイスカヴァリーを単に使わなかっただけではなからうか。コモン・ローとエクイティというような手続間の競争がなかったということは、大陸法系において思い切って既存の手続から離れた新しい制度を導入する場合、マイナス要素として作用したともいえると思われる。

1800年代の初めの頃のデイスカヴァリーは、一般に、一つの文書または若干の書類の開示を求めるものであったといわれる⁶⁴。現在は、コピーや印刷技術の発達によって記録を残しやすく、それに伴い開示を求められる文書も増えることになり、その濫用の指摘も多くなされている。デイスカヴァリーの生成・発展過程とそれをめぐる時代背景から考えれば、その導入という問題は、その実質的な必要性はともかくとして、むしろ導入自体よりも、導入した後のその運用にかかわる問題になってくると思われるのである。

注

(1) ディスカヴァリーという用語は、Oxford English Dictionary (2nd Ed.) の *discovery* の項目をみれば、用語自体は、16C後半に

成立した(時代順に *interrogatories* と *disclosure* がその前から使われていた)が、シェークスピアがよく用いたと説明されている。ちなみに、シェークスピアの作品では、実際に、*discovery* が多く使われており、「おわりよければすべてよし」と『リア王』で、ディスカヴァリーが使われたそれぞれ一カ所を参考としてとりあげてみることにする。原文の訳は、以下順に小田島雄志訳『シェイクスピア全集Ⅳ』(1986、白水社) 134頁および395頁による。

「おわりよければすべてよし」 第3幕第6場

「He will steal himself into a mans favour, and for a weeke escape a greate deale of discoveries, but when you finde him out, you haue euer after.」

「いのちだけは助けてやると約束すれば卑劣な恐怖心に駆られて、闇下を裏切り、おためにならぬ情報を洗いざらいぶちまけてしまおうでしょう、臣下としての誓約を破って魂が地獄に墜ちようとおかまいなしに。」

「リア王」 第5幕第1場

「The enemy's in view : draw up your powers. Here is the guess of their true strength and forces. By diligent discovery : but your haste is now unng'd on you.」

「敵は姿を現わしました、応戦のご用意を。ここに斥候が探り出した敵軍の兵力、装備の報告書があります。いずれにしろここは急を要します。どうかおいそぎを。」

(2) 木川統一郎「二〇世紀末に残された民事訴訟政策の課題」民事訴訟雑誌45号(1999) 25頁。

(3) すなわち、補助的裁判管轄として大法官裁判所(court of chancery)にディスカヴァリーを認める権限が与えられていたのである

(See e.g., George Spence, *Equitable Jurisdiction of The Court of Chancery*, Vol.1, 676 (1846); William Holdworth, *A History of*

English Law, Vol.1, 458, 466 (7th Ed. Revised 1956))。

- (4) Patrick Parkinson, *The Principles of Equity*, 5 (1996).
- (5) J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 112-113 (3rd ed. 1990).
- (6) chancery とは cancellaria が変ったものであり、 cancellaria と同じ用語は、教会の格子 (lattice) または仕切 (screen) から由来したもので、イギリスには大陸からおよそ一〇〇〇年頃に入ってきた。
- (7) Baker, *supra* note 5, at 114.
- (8) エドワード・ホットンの注税とタックスカヴァリーの関係について、Alan K. Goldstein, *A Short History of Discovery*, 10 *Anglo-Am. L. Rev.* (No.4) 257, 258 (1981) を参考に引かれた文献参照。その他の文種として、D. M. Kerly, *An Historical Sketch of the Equitable Jurisdiction of the Court of Chancery* (1890) ; W. J. Jones, *The Elizabethan Court of Chancery*, 1967 ; Robert W. Millar, *The Mechanism of Fact-Discovery : A Study in Comparative Civil Procedure*, 32 *Ill. L. Rev.* 261 & 424, 437 (1937) (『S 羅文法 国権和比 499 Civil Procedure of The Trial Court in Historical Perspective (1952) 』と『本邦のロー法と比国法との比較研究』) ; P. V. Baker & P. St. J. Langan, *Snell's Equity*, 28 (21th ed. 1990) を参照。
- (9) Goldstein, *id.* at 257.
- (10) C. Keeton & L. Sheridan, *Equity*, 32 (2nd ed. 1976).
- (11) Baker, *supra* note 5, at 119.
- (12) Goldstein, *supra* note 8, at 259.
- (13) Millar, *supra* note 8, at 437.
- (14) bill 及び トラスト、Holdworth, *supra* note 3, Vol.9, 340 (1926) 以下参照。
- (15) Thomas Hare, *Discovery of Evidence*, 1 (1836).

ディスカヴァリーの歴史 (金)

- (16) Spence, *supra* note 3, at 676.
- (17) Bernard C. Cairns, *The Law of Discovery in Australia: Documents, Interrogatories and Property*, 8 (1984) (この本は、オーストラリアのディスカヴァリーに関する本であるが、その歴史的展開過程について、わかりやすく説明されている)。
- (18) Chancery Amendment Act 1862 により、質問書レポートは令状 (bill) から分離されることとなった。
- (19) Goldstein, *supra* note 8, at 260. 544 ディスカヴァリーの要件については、Holdworth, *supra* note 3, Vol.6, 661 (1924) 参照。
- (20) Jones, *supra* note 8, at 181.
- (21) *Ibid.* at 455.
- (22) Goldstein, *supra* note 8, at 261.
- (23) Jones, *supra* note 8, at 455.
- (24) *Id.* at 318-319.
- (25) 21 Eng. Rep. 24 [1559-60].
- (26) 1 Eng. Rep. 1101 [1730].
- (27) Edward Bray, *The Principles and Practice of Discovery*, 5 (1885); Holdworth, *supra* note 3, Vol.5, 332 (1924).
- (28) Goldstein, *supra* note 8, at 262.
- (29) *Ibid.*
- (30) Jones, *supra* note 8, at 465.
- (31) Jones, *supra* note 8, at 458.
- (32) J. Parkes, *A History of the Court of Chancery*, 271 (1828).
- (33) Holdworth, *supra* note 3, Vol.15, 140 (1965).

(34) C. C. Langdell, *Discovery under the Judicature Acts*, 1873, 1875, 11 Harv. L. Rev. 137 (1897), 12 Harv. L. Rev. 151, 154-155 (1898).
 (35) この法に関する文献として次のようなものがある。Langdell, *supra* note 34, 11 Harv. L. Rev. 137 (1897), 12 Harv. L. Rev. 151 (1898); Edward Bray, *The Principles and Practice of Discovery*, 5 (1885); Thomas Hare, *A Treatise on the Discovery of Evidence in the High Court of Justice*, (2nd ed. 1876). なお、アメリカでの連邦の民事訴訟規則が制定される前の *Equity Rules* とは、イギリスのこの最高法院法にならったものである。

(36) なお、同法自体は1925年と1981年に大幅に改正されている。

(37) ちなみに、この3か条の内容は、次のとおりである。

〔25条〕 裁判所の規則に基づき、訴訟における原告は、被告に対し質問書を送りかつデイスカヴァリーを得る権利を有し、被告も原告またはその他の当事者に対してそのようにすることができる。当事者は、関連性のないことを理由に、質問書に対する異議を提出することができ、裁判所または裁判官は、当該質問書が事件の争点と関連しない場合には、当該異議を認容することができる。異議は回答とみなされないが、不十分であるとして異議された答弁の十分性またはその他は、略式に裁判所または裁判官によつて判断されなければならない。

裁判所は訴訟費用を定めるにおいて、当事者の申立てにより、当該質問書の発令の妥当性についてなされる調査をしななければならない。費用を賦課するマスターまたは裁判所もしくは裁判官の意見が、かかる質問書は不相当に、濫用的にまたは不正な手段で出されたものであるというのであれば、かかる質問書とそれへの答弁により生じた費用は、責任のある当事者が負担しなければならない。

〔26条〕 訴訟またはその他の手続のすべての当事者は、その審理前後のあらゆるときに、書面の通知に基づき、プリディンクまたは宣誓供述書で文書について言及したその他の当事者に対し、かかる通知をした当事者またはそのソリシターの調査のために当該文書を提出すること、およびその写しをとることを認めること、を通知することができる。この通知に従わない当

事者は、当該訴訟または手続において自己のために証拠として当該文書を用いることができない。ただし、その者が、当該文書は被告としての自己の権利に関連するだけのものであること、またはかかる通知に従わなかったその他の十分な理由のあることを裁判所に明らかにすれば、この限りではない。

〔27条〕 訴訟または手続の係属中にはいつでも、裁判所または裁判官は、自己らが正しいと考えるものとして、当該訴訟または手続の問題と関連する文書につき、それを所持または管理する当事者に、宣誓に基づくその提出を命じることができる。裁判所は、当該文書が提出された場合には、適切な方法でそれを取り扱うことができる。

(38) C. C. Langdell, *A Summary of Equity Pleading*, 43 (2nd ed. 1883); Kerly, *supra* note 8, at 100-101. また、草創期のエクイティ手続は、古代ローマ法に類似するところと同様の見解として、G. Gilbert, *Forum Romanum*, 22-23 (1st American ed. 1874) がある。

(39) Millar, *supra* note 8, at 261, 424.

(40) *Id.* at 266.

(41) H. Going, *English Equity and the Denunciation Evangelica of the Canon Law*, 71 *Law Q. Rev.* 223 (1955).

(42) J. Dawson, *A History of Lay Judges*, 148 (1960). *supra* 同 155-8 頁では、*supra* なる論拠として、教会法では開示がプリティンクから明確に分離されていたが、エクイティではそうでなかったと主張する。

(43) たとえば、柴田光蔵、古代ローマ物語 *PART II* (1991) 128 頁 (懲罰的損害賠償)、154 頁 (陪審制度)、157 頁 (不文憲法)、166 頁 (先例法主義) では、ローマ法とイギリス法の類似性を見つけることができるといわれている。

(44) Goldstein, *supra* note 8, at 268.

【追記】本研究は、(財) 民事紛争処理研究基金の1997年度研究助成により行われた成果の一部である。1997年の夏にロンドンを訪れ、ロンドン大学やオックスフォード大学で基本的な資料を集めることができたが、1998年から母国の現在の

論 説

所屬校への転勤が重なり、成果の発表が大幅に遅れることになった。同基金には、記して謝意を表するとともに、お詫びを申し上げる次第である。