

Eデイスカバリーにおける保護命令

——電子情報の非開示が認められる場合について——

竹部 晴美

目次

1 はじめに

2 アメリカ合衆国におけるEデイスカバリーの現状と展開

(1) 二〇〇六年連邦民事訴訟規則改正の概要

(2) 法改正に影響を与えた重要判例

① 不適切なEデイスカバリーとその訴訟に与える影響

—Coleman Holding, Inc., v. Morgan Stanley Co., 2005 Extra LEXIS 94 (Fla. Cir. Ct. Ma. 23, 2005).

② Eデイスカバリー費用負担と不誠実対応の問題

—Zubulake v. UBS Warburg LLC, 217 F.R.D. 309 (S.D.N.Y. 2003).

3 Eデイスカバリーにおける保護命令

- (1) 不注意なESI情報の開示を保護命令で阻止すべきかどうかされた事例—Alcon Manufacturing, Ltd. v. Apotex, Inc., 2008 U.S. Dist. LEXIS 96630 (S.D. Ind. 2008).

(2) Eディスカバリーにおいて電子情報のミラー・イメージを取る際の具体的手続が示された事例
—Capital Records Inc. v. Noor Alaujan, 2009 WL 1292977 (D. Mass. 2009).

4 ま と め

1 は じ め に

本稿は、アメリカ合衆国（以下、「アメリカ」とする。）におけるEディスカバリーについてその概要と保護命令の機能について考察を行うものである。

今日、周知のように、コンピューター技術の発展に著しいものがあり、情報と技術の時代は、法を含むあらゆる場面で古い情報処理の方法に急速に取って変っている。このことは、証拠の大部分がデジタル情報である場合、訴訟当事者は、法および紛争の事実についての理解だけでなく、コンピューターシステムおよびデータ保管実務までも理解することが求められることを意味する。

しかしながら、大部分の企業内弁護士および法廷弁護士は、書面による書類作成において訓練されているため、今日のコンピューターシステムの中から証拠を捜し出すのに必要な専門的経験においては十分でない。

たとえば、大量のEメールや電子文書の開示が求められる商事訴訟、行政訴訟および雇用訴訟では、ディスカバリーは広範囲で大規模なものとなり、時には秘密の業務記録や情報についての開示を含むことにもなる。今日、最も負担となるディスカバリーは、このようないわゆる「電子ディスカバリー」または「Eディスカバリー」と呼ばれる、訴訟当事者のコンピューターにある電子メールやその他の電子文書についてである。Eディスカバリー

→要求に関連した費用は巨額になる可能性があり、紛争そのものの総額をはるかに上回ることもある。

アメリカでは、民事訴訟に関する手続を定めた Federal Rules of Civil Procedure（連邦民事訴訟規則）の一部が二〇〇六年一月一日に改正され、ディスクバリーにおいて訴訟当事者が電子形式で保存された情報（Electronically Stored Information, 以下、「ESI」とする。）に関する規定が整備された。電子情報開示の対象となるデータは、電子メール、インスタント・メッセージ、文書ソフトや統計ソフト等で作成されたファイル、実験データ、会計データ、CADやCAMのファイル、ウェブサイト、サーバーやネットワーク・ストレージに保存された電子情報など、すべての電子的に保存されたデータである。新しい規則は、ビジネスと社会双方の新しい電子メールおよびインターネットを重視する文化と相まって、すべての人にとって重大な情報管理の厳格化と責任を課している。一方で、裁判所は訴訟当事者に手続に従ってESIを順序だつて示すことの圧力を増している。

Eディスクバリーに関する手続の厳しい遵守は、多くの裁判官によって意識され始めており、もはやEディスクバリーの領域では「無知」による抗弁は許容されない。すべての訴訟当事者は、訴訟、もしくは政府調査に関連する可能性のあるESIの作為的ないしは、偶発的な削除に対しては厳罰に従うことになっている。訴訟が提起された後、ESIの破棄が発覚したならば、裁判所による制裁は確実に生じる。ビジネスおよび法律の専門家は、以前にもましてこれらの問題を解決する努力が必要とされている。

したがって、電子情報の開示の場合には、従来の文書を中心としたディスクバリーとは根本的に異なる取り扱いが求められる。たとえば、アメリカ国内で事業展開をする日本企業がアメリカで訴訟を提起されると、日本の本社や関連会社のデータセンターなどにあるコンピューターやサーバーに保存した電子情報について、これが訴

えに関連する情報であれば提出を拒否することができなくなる。そればかりでなく、問題は、そのような電子情報の保存や保管が不十分であったり、あるいは隠匿したり、故意に破棄したりする場合には、たちまち裁判所からの制裁の対象となったり、後に述べるように、陪審に対して「不利益推定説示」(adverse inference instruction)が行われることである。特にこの説示によって事実認定者である陪審に対して、当事者の一方にディスクバリー妨害のあったことが告げられることになる。⁽¹⁾このような説示は、判決に重大な影響を及ぼすことは言うまでもない。

この点、日本の民事訴訟法では、電子情報を民事訴訟においてどのように取り扱うかについての規定は存在しない。⁽²⁾なお、民事訴訟法二二二条は、録音テープ及びビデオテープを準文書の例とするにとどまり、磁気テープ等の電磁的な媒体一般を準文書の例とはしていない。⁽³⁾したがって、日本では、企業だけでなく、個人も、「文書」の所持者が民事裁判のために開示することを前提とした電子情報の自覚的な管理経験や管理方針がないことが問題となる。アメリカにおいても、膨大な量の電子情報の中から、証拠となるデータだけを過不足なく取り出すのは大変な作業であると考えられており、また抽出作業が不十分な場合、その後の証拠調べに手間取ることになり、時間を要するだけでなく、相当な費用も必要となる。他方で、守秘義務に基づいて特定情報を非開示したり、あるいはイン・カメラ手続を利用して開示の仕方を制限する方法を選択せず、不注意にも、不必要な情報まで提出した場合、機密情報を訴訟相手に漏らしてしまうことにもなる。

また、電子情報の提出の仕方、提出物の範囲、さらに提出の遅延などは、紙ベースのディスクバリーに比べてはるかに曖昧であるが、しかし、その対応を誤ると訴訟結果にかなり影響を及ぼすことになる。そのため、文書

所持者にとっては、関連する電子情報に関する予めの保護方針、管理、保全や精査が不可避となっている。

本稿では、電子情報の性質上、全体的に、概括的におこなわれるディスクバリーにおいて、プライバシー情報や企業機密を含む文書の提出をどのように防止するかという点と、従来の「保護命令」はそのような場合どのように機能するのかといった点を検討する。そのため、2において、二〇〇六年連邦民事訴訟規則の改正の問題点を概括し、このような改正を促せた先行判決を分析し、3において、Eディスクバリーにおける保護命令のあり方について検討したあと、一定のまとめをしたい。

(1) 不利益推定説示が示されると、敗訴が不可避となるだけでなく、敗訴の場合、損害賠償額の上積みや、場合によると懲罰賠償の可能性も起りうる。See Matthew S. Makara, *My Dog Ate My Email: Creating a Comprehensive Adverse Inference Instruction Standard for Spoliation of Electronic Evidence*, 42 *SUFFOLK U. L. REV.* 683 (2009).

(2) 「電子署名及び認証業務に関する法律」(第一〇二号、二〇〇二年四月一日施行)においては電子情報についての形式的証拠力すなわち成立に関する推定規定が置かれている。参照、同法第三条。

(3) その理由は、「録音テープ及びビデオテープが裁判所においても容易に再生することができるものであり、文書の証拠調べと同様の取扱いとするに問題がないのに対して、磁気テープや磁気ディスク一般については、裁判所において容易に再生し、閲読という方法で証拠調べをすることができないものがあり、そのようなものについては、鑑定や検証をせざるを得ないことを考慮したものである」とされている。参照、法務省における「電子取引法制に関する研究会(制度関係小委員会)報告書」。

2 アメリカ合衆国におけるEディスカバリーの現状と展開

(1) 二〇〇六年連邦民事訴訟規則改正の概要

連邦民事訴訟規則については、その改正案が二〇〇六年四月に連邦最高裁によって承認され、Eディスカバリーにおいて訴訟当事者がESIをどのように取り扱うべきかに関する改正がおこなわれ、同年一月一日から新規定が導入されることになった。

来るべきEディスカバリーに向けて連邦民事訴訟規則の改正を検討し、提案する民事規則諮問委員会 (Advisory Committee on Civil Rules) にこの問題が最初に提案されたのは一九九六年であるが、Eディスカバリーの改正には実務家や企業サイドの意見が必要だとの声により、関係者への意見聴取がおこなわれたが、改正はなかなか進展しなかった。その後、本格的にEディスカバリーの問題への取り組みが始まったのは二〇〇〇年のことである。その後も検討を重ねるが、改正への取り組みは時期尚早と判断され、二〇〇四年二月にニューヨークにあるフォーダム・ロー・スクールで二日間にわたる大規模な会議を開き、同年五月に改正案が発表された。同年八月には、改正案についてのパブリック・コメント期間が設けられ、二〇〇六年二月までに聴聞会も三回開かれた。そこでは大企業の代表者による証言のほか、様々な意見が寄せられた。それらの意見をもとに、同委員会は改正案に修正を加え、二〇〇五年六月に改正手続規則常任委員会 (Standing Committee on Rules of Practice and Procedure) の承認を経て、同年九月には司法協議会 (Judicial Conference) において、二〇〇六年四月一二日には

連邦最高裁で承認され、同年一月一日公布された。⁽¹⁾

訴訟規則の改正の結果、影響があると思われる四つの改正点につき、以下に紹介する。⁽²⁾

①連邦民事訴訟規則二六(f)では、同規則二六(f)で規定されている最初の面会協議 (meet and confer) において、これまで以上の話し合いが義務付けられた。この当事者によるディスカバリー計画の協議には、ESIの提出形式など、ESIのディスカバリーに関連するあらゆる問題についての話し合いを含めなければならない、とされた。さらに訴訟当事者には、特定の場所に存在するESIに合理的にアクセスできるか否かについて、および当該ESIを回収し、検討する費用負担について協議することが求められた。また、訴訟当事者は、開示すべき情報 (非電子的情報を含む) の保全に関する問題についても協議することが求められた。⁽³⁾

②連邦民事訴訟規則三四(b)では、ESI文書提出の形式を指定する。すなわち、文書を要求する当事者は、文書の提出要求をする際に、どのようなタイプのESI形式で提出すべきかの指定が可能となった。文書を提出する当事者は、要求された形式に同意しない場合には、その応答において当該指定形式に反対するとともにその反対理由を述べ、求める形式を指定しなくてはならない。また、文書提出当事者は、ESIの提出形式が文書提出要求において特定されていない場合、自己が使用するESIの形式を明確にしなければならない。したがって、訴訟の両当事者が別段の合意をしない限り、または、裁判所が別段の命令を下さない限り、文書提出当事者は、「合理的に使用可能な」形式か、または通常保存されている形式でESIを提出しなければならないとされた。⁽⁴⁾

③連邦民事訴訟規則二六(b)(2)(B)では、「合理的にアクセスできない」データソースにある情報のディスカバリー手続に関する規定が新たに追加された。文書提出当事者は、文書提出要求に対する応答において、データソー

スに「合理的にアクセスできない」とした場合、裁判所の命令がない限り、当該データソースにある情報の提出に応じる必要はない。つまり、文書要求当事者が開示の申立てを提起した場合、または文書提出当事者が保護命令を受けるために、文書提出当事者は、情報が本当に「合理的にアクセスできない」ことを立証する必要がある。しかし、このような立証がなされた場合であっても、文書要求当事者が「正当な理由」を示した場合には、裁判所は当該データソースにある情報の開示を命じることができるとされた。⁽⁵⁾

④連邦民事訴訟規則三七(f)は、E S Iの「悪意のない破棄」(good faith disposal)に対するセーフハーバー(safe harbor)規定である。つまり、特別の事情がある場合を除き、電子情報システムの定期的かつ誠実な運用の結果として、電子的に保存された情報が破棄され、当該情報の提出が不可能になった場合であれば、裁判所は当該情報の提出が不可能になった当事者に制裁を加えることはない。この「誠実な」(good faith)運用の要請によって、関連情報が確実に保存されるよう、日常的に使用しているデータ消去メカニズムの一定の機能を変更または停止することが求められている。⁽⁶⁾

⁽⁷⁾上記のような内容の連邦民事訴訟規則の二〇〇六年改正については、日本でもその内容の概要が紹介されている。Eディスカバリーでは、特にその開示方法をめぐって、さらに費用負担をめぐっての問題が以前から生じていた。以下それぞれについての代表的判例を見ておきたい。

(2) 二〇〇六年連邦民事訴訟規則の法改正に影響を与えた重要判例

① 不適切なEデイスカバリーとその訴訟に与える影響

—Coleman Holding, Inc., v. Morgan Stanley Co., 2005 Extra LEXIS 94 (Fla. Cir. Ct. Ma. 23, 2005).

Coleman (以下、「コールマン」とする。) 社対Morgan Stanley社 (以下、「モルガン・スタンレー」とする。) 事件は、Eデイスカバリーにおける不誠実な対応と、それが訴訟の結果にどのような影響を与えるかを示し、連邦民事訴訟規則の二〇〇六年改正を促した、とされている。どのようなEデイスカバリー上の問題が生じたのか、事件事実にして以下紹介する。

(i) 事実の概要

この訴訟は、コールマン社のキャンプ用品事業をSunbeam (以下、「サンビーム」とする。) 社に売却するということから始まった。そのため投資家の Ronald Perelman が、モルガン・スタンレーを通じて、彼のコールマン社に対する支配的権利を、六億五千万ドルの価値があるサンビーム社の株式と交換した。しかし、そこで、サンビーム社の財政的問題を原因として、同社株の価格が急落した。Perelman の持株会社は、同社株の引受会社であるモルガン・スタンレー (取引の引受業者) を虚偽表示および詐欺で訴えた。

モルガン・スタンレーは、一九九七年後半と一九九八年前半にかけて、サンビーム社の買収について、サンビ

Eデイスカバリーにおける保護命令

一一三三

ーム社株および現金を受け取る代わりにコールマン社の八十二%の利益を得、かつサンビーム社の財務アドバイザーとしての役割を果たしていた。モルガン・スタンレーは、実際にこの取引に融資するためにサンビーム社によって提供された七億五千万ドルの債券証書の主引受業者としての役割を果たしていた。ところがコールマン社は、サンビーム社の一連の破産申立ての後に、コールマン社に対する利益だけでなく交換株価の下落してしまったサンビーム社株を受け取ったため莫大な損失を出した。そこでコールマンは、モルガン・スタンレーを相手取って、具体的には、当該取引について共謀、幫助および教唆があったとして、四億八五〇〇万ドルの損害を請求して訴訟を提起した。⁽⁸⁾

モルガン・スタンレーには、二〇〇三年五月にコールマン社の訴状、およびディスクバリーのための書類提出についての最初の要求 (requirement) が送達された。モルガン・スタンレーに開示を求められた「文書」は、特に電子的に保管されたものを含む広範なものであった。コールマン社は、二〇〇三年一〇月、フロリダ州裁判所に従って、関係する電子メールについて強制的開示申立てをした。これに対し、モルガン・スタンレーは、電子メールの開示は「少なくとも数十万ドルもかかり、完了するのに数ヶ月も要する」ものであり、バックアップ・システムの復元を強要し、要求するものである、と応えた。他方、コールマン社は第三者にモルガン・スタンレーの電子メールを検索させる許可を裁判所に要求し、それぞれの当事者の費用負担で電子メールを復元するために相互の電子メール・システムへのアクセスが与えられることを提案した。

しかしながら、モルガン・スタンレーは、ディスクバリーの手続の間、国中にある情報保管倉庫に納められた何千件ものバックアップ・テープに保存されていた常軌を超える量の文書を収集し、検討し、そして提出するの

には相当な手間がかかり、求められた電子メールの検索だけでも巨額の費用がかかると開示そのものに反対した。しかも、モルガン・スタンレーは、いずれにしても、問題となった期間についての関連ある電子メールを取り出すバックアップ・テープは存在しないため、そのような提案は無益だと強く主張し続けた。

裁判所は二〇〇四年四月に以下のような命令を出した。それは、第一に、サンビーム社との取引に関与した三十六人のモルガン・スタンレーの従業員各々に対して、最も古い完全なバックアップ・テープについてモルガン・スタンレーが検索を開始すること、そして第二に、一九九八年二月一五日から一九九八年四月一五日までの日付の入っている電子メールの検索、および日付の如何に関わらず、「サンビーム」と「コールマン」といった二十九個の特定された用語のいずれかを含んでいる電子メールの検索をすること、そして第三に、二〇〇四年五月一四日までに、コールマンの文書要求に応えるすべての非特権化された電子メールを提出すること、そして第四に、容易なアクセスの為にコールマンに特権的ログをあたえること、そして最後に合意命令の完全な遵守を保証すること、であった。⁽⁹⁾

そこで、モルガン・スタンレーは二〇〇四年五月に、追加分の一三〇〇ページの電子メールを提出し、裁判所の合意命令の遵守を保証した。裁判所は、二〇〇五年三月二三日付けの命令の脚注(11)において、モルガン・スタンレーの保存用データに対する検索は迅速に、また安価にできると指摘し、それらには、モルガン・スタンレーが言うような「数十万ドル」もの費用を要しないし、また、「数ヶ月もかかる」こともないと指摘した。また、裁判所は命令の脚注(4)で、「モルガン・スタンレーの企業内弁護士を含む社員らは、そのときに、法的遵守の証明が虚偽だったということを知っていた。」と述べた。⁽¹⁰⁾

二〇〇四年一月、モルガン・スタンレーの社外弁護士は、二〇〇五年一月にモルガン・スタンレーは別な電子メールのバックアップ・テープを発見しており、そのバックアップ・テープの復元は月内に完了できると推定していたこと、さらに合意命令で必要とされた検索は再実行されたということを明らかにした。二〇〇五年一月二一日の書簡において、モルガン・スタンレーの弁護士は、「発見したテープは、そのコンテンツ（中身）に関してはつきりと分類されておらず、電子メールのバックアップ・テープが慣習的に保存された場所は見つけることができず、しかもテープの多くは、他の電子メールのバックアップ・テープより異なる形態で保管されていた。」と説明した。⁽ⁱⁱ⁾しかし、裁判所によると、モルガン・スタンレーの弁護士は、二〇〇五年一月二二日の書簡で「今までは、通常の時間遅延の戦略に従っていた」と述べていた。事実審理は二〇〇五年二月から始まる予定だった。

(ii) 判決と理由

二〇〇五年三月一日、裁判所はモルガン・スタンレーのディスクバリーの濫用に基づき、以下の諸事実を理由として、陪審に対する「不利益推定説示命令」を出した。

すなわち第一に、二〇〇四年五月六日以前の時点で、モルガン・スタンレーは、一四二三件のバックアップ・テープについての認識を示さなかったという事実があったこと。第二に、一九九八年にさかのぼった電子メールを含む七三八本の八ミリサイズのバックアップ・テープを二〇〇二年にディスクバリーで開示しなかったこと、さらに二〇〇四年五月に提出を完了するなかで検索することのできたモルガン・スタンレーのアーカイヴ（*archive*、コンピューターで、複数のファイルを一つにまとめたファイルのこと。）において、それらのコンテンツ

を含むこれらのテープの一連の処理が欠落していたこと。第三に、モルガン・スタンレーのアーカイヴ・システムで調査されていないデータが存在したこと。第四に、二〇〇五年一月における一六九本のDLTテープについてのディスクバリーがされていないこと。第五に、二〇〇五年二月一日および一二日における二百件以上の追加されたテープのディスクバリーのないこと。第六に、モルガン・スタンレーが応答すべき電子メールの添付ファイルを保存することを妨げたモルガン・スタンレーの企業内プログラムの「スクリプト」エラーについてのディスクバリーに欠如があったこと。そして最後に、「スクリプト」エラーについての二〇〇五年二月一三日のモルガン・スタンレーによるディスクバリーは、Lotus Notesソフトの利用者からの電子メールを収集することに影響を及ぼし、それが少なくとも七千件の追加的な電子メールを生み出したため、その内容については合意命令のもとで応答させることになっていたが、応答と特権については不完全にしか検討されていなかったことである。^⑫

二〇〇五年三月一日に決定された不利益推定説示命令は、陪審に対して、本件容疑についてモルガン・スタンレーが補助し、補助し、共謀したという要素に関する反証責任をモルガン・スタンレーに転嫁すること、及び電子メールを隠匿したモルガン・スタンレーの取組みに関してその罪の意識に関する説明と、さらに懲罰的損害賠償の適切さに触れるものであった。加えて、裁判所は、二〇〇五年三月二三日の制裁命令において、モルガン・スタンレーが、追加的なバックアップ・テープを見つけることができた方法、日時、その理由、さらに、提出物の準備が整った時期、及びその情報の提供意思について明確になったこと、モルガン・スタンレーは二千本以上のテープを発見していたが、二〇〇四年五月の提出より前にはそれに対する検索は一切行わなかったことについて

E ディスクバリーにおける保護命令

一一七

て陪審に説示した。そして、「電子メールのバックアップ・テープが慣習的に保存された場所にはなかった」というモルガン・スタンレーの言い分は虚偽であるとした。裁判所は、モルガン・スタンレーが、一番古く、しかも完全なバックアップ・テープを誠実に捜す努力をしなかったこと、およびモルガン・スタンレーの法的遵守の証明書は虚偽だったという結論を下した。⁽¹³⁾

また、裁判所によると、モルガン・スタンレーは、証券取引委員会（SEC）の厳しい調査から「電子メールを必死に隠した」とした。⁽¹⁴⁾それだけではなく、裁判所は、モルガン・スタンレーが「過去の電子メール・アーカイブの存在を認められなかった。そしてそれは、裁判所におこなっていた虚偽の説明、そしてコールマンに合意命令に入ることと同意させようと策略したことを露呈するだろう」とした。⁽¹⁵⁾

裁判所は、モルガン・スタンレーの「不法な行為は、相変わらず続けられている」と示唆する二〇〇五年二月の聴聞会以来、明るみに出た二十三項目について説明した。その項目は、二〇〇四年一〇月までは調査されてないバックアップ・テープの存在について全く知らなかったというモルガン・スタンレー法務部の事務局長の言明について触れた。裁判所によると、モルガン・スタンレーはその言明を通して、当年の一〇月以前には、法務部の誰も追加的なバックアップ・テープの存在について知らなかったという推定をおこなうことを求めていた。しかし、それにもかかわらず、事務局長およびその事務局長の上司は二〇〇四年六月七日までに追加的なテープの存在については知悉していた。要するに、裁判所は、モルガン・スタンレーが「多数のディスクバリー命令を、故意に、そして反抗的に違反した」との結論を下した。

二〇〇五年二月一四日、コールマンの不利益推定説示の申立てに関する審理で、裁判所は、「（モルガン・スタ

ンレーが)その違反行為についての情報を隠し、合意命令の遵守に関する問題への言及を回避するために証人を指導することを選択した」とした。裁判所によると、モルガン・スタンレーでは、その「弁護士ばかりでなく、従業員たちが、デイスカバリーの濫用に加担していた」のである。⁽¹⁶⁾

裁判所は、「私たちの司法制度はこのように機能してはいけない」と強調した。⁽¹⁷⁾すなわちこれらのモルガン・スタンレーの失態により、たとえ全ての電子メールのバックアップ・テープが現在保管されているとしても、モルガン・スタンレーはそれを保持していることを示すことができず、期限内に検索を完了できなかったため、モルガン・スタンレーのデイスカバリー応答の全てに対する疑いを生み出してしまった。

モルガン・スタンレーの電子メールの取り扱いに関して、全米証券業者協会は、二〇〇六年一月二十九日に、モルガン・スタンレーが、その仲裁の申立者と仲裁人に電子メールを提供せず、百万通もの会社所有の電子メール文書を、会社の電子メール・サーバーのあったニューヨークの世界貿易センターに誤って送ってしまった、それは、あの九月一日のテロ攻撃中に失われてしまったとの説明を受けていたとした。しかし、実際にはモルガン・スタンレーは、世界貿易センターに存在する文書のバックアップ・テープから復元できていた何百万もの電子メールの文書を所有していた。しかし、同社は、バックアップ・テープを書き直し続け、その挙句数年後、その復元されていた文書は破棄されたとの報告を受けたと全米証券業者協会は述べた。⁽¹⁸⁾

(iii)まとめ

モルガン・スタンレーのEデイスカバリー対応の問題点は、関連したESIを徹底的に検索及び提出したとい

う裁判所に対する自らの従来の（虚偽の）説明を取り下げ、しかも、同時期に行われた証券取引委員会調査において、SEC電子メール保存ルールに違反していることが発見されるに及んでいっそう明確になってきた。⁽¹⁹⁾ モルガン・スタンレーが特定の電子メールを保管、または保存しなかったこと、およびそれらが存在するのに検索しなかったことに対する制裁として、事実審裁判所は、原告の詐欺の申立てに対して陪審に不利益推定説示をおこなった。さらに、裁判所によって課された期限内に、関連したデータを手早く識別することや、バックアップ・テープに電子メールを保存する方法について問題のあることを指摘した。モルガン・スタンレーとその弁護士は、生じた問題の性質を裁判所とコルマンに正直に説明する法的義務があるにもかかわらず、その代わりに、状況を誤って述べていたことに裁判所は気付いた。⁽²⁰⁾ その結果、事実審理の二週間前に、裁判所によってモルガン・スタンレーの弁護士に対する制裁として「今回限りの」(pro hac vice)とされた地位をも否定された。その結果、陪審は、填補的損害賠償として六億四百万ドル、および懲罰的損害賠償として八億五千万ドルを裁定した。⁽²¹⁾

このような不注意なEディスカバリーへの対応や、意図的なEディスカバリー妨害に関して、他の裁判所でも厳しい態度が示されてきた。⁽²²⁾ ESIの破棄に対する制裁を裁定する際に考慮される「意図(intention)」の有無やその程度のレベルについては、裁判管轄ごとに判断は異なる。たとえば、第二巡回区連邦控訴裁判所は、NY証券会社の非訟事件において、被告が、会社再建のあと承継会社に関連する電子メールを保存していたという推定に関連する法的保持の通知状(reminders of a legal hold notice)を送付しなかったために、五十七人の関連従業員のうちわずか十三人分の電子メールの提出しかなかったことに対して、当事者が不注意に電子的証拠を破棄したものであるとして重過失を認定し、それに対して金銭的および他の制裁を課すことには正当性があ

るとした。⁽²³⁾この事件では、被告のコンピューターとそのサーバーについての適時の検査を被告側代理人弁護士がおこなわなかったために、二百箱以上にも及ぶ関連した文書のディスクバリーが遅延したというものである。⁽²⁴⁾

何万件ものバックアップ・テープを含んだコールドマン事件とは異なって、多くの事件は、しばしば比較的少ない数のバックアップ・テープに納められる電子メールおよび他の電子データを含むものである。しかし、紙ベースの提出物のディスクバリーとは異なって、明らかにESIのバックアップの保存については、個別の電子テープに関してどのような情報があるかを確認することだけでも相当な時間を要し、また発生する費用が問題とならざるを得ない。⁽²⁵⁾

② Eディスクバリーの費用負担と不誠実対応の問題

—Zubulake v. UBS Warburg LLC, 217 F.R.D. 309 (S.D.N.Y. 2003).

Zubulake (以下、「ズブレイク」とする。)対UBS事件は、ニューヨーク南部地区地方裁判所で二〇〇三年から二〇〇五年に審理された事件である。この判決は連邦民事訴訟規則の二〇〇六年改正以前になされたが、事件を統轄したShira Scheindlin判事は、Eディスクバリーの分野で一連の画期的な意見を出した。この判決は、Eディスクバリーの分野でしばしば引用されるものである。この事件は、Eディスクバリーの過程で生じた争点ごとにZubulake I, Zubulake III, Zubulake IVそしてZubulake Vとして分けられている。⁽²⁶⁾

(i) 事実の概要

二〇〇二年二月、原告であるズブレイクは、性差による差別、昇進できなかったこと、そして雇用者による報復のあったことを主張して、彼女の雇用主であるUBSに対する雇用差別訴訟を提起した。⁽²⁷⁾

原告のズブレイクは、重要な証拠は、被告であるUBSの従業員間でやりとりされたさまざまな電子メールに存在すると主張した。そのディスクバリーにおいて被告のUBS社は、最初に約百ページの電子メールを含む、約三五〇ページの文書を提出し、その文書提出物がディスクバリーのすべてである、と主張した。しかしながら、原告自身が提出した電子メールは約四五〇ページもあった。

そこで原告は、USBに対して全ての電子メールを含むバックアップ・テープとその他の保管用ファイルに存在する文書を提出することを要求した。ところが、原告の行った証言録取、およびその他の矛盾点から、被告のUBSはバックアップ・テープについては一度も検索しなかったことが明らかにされた。⁽²⁸⁾この点について、被告は、バックアップ・テープの検索作業には過度の手間と費用を要するとし、後述のRowe事件判決を引用して、⁽²⁹⁾文書検索と文書提出に要する費用を原告に転嫁することを裁判所に求めた。裁判所は、文書の提出が過度に負担となるか、または高額になるかどうかは、「もっぱら記憶媒体にアクセス可能な状態で保存されているか、または不可能な状態かどうかによって定まる」と述べた。⁽³⁰⁾

そこで、裁判所は、記憶媒体へのこのアクセス可能性という争点に関しては、データが保存されているメディアの状態次第であると結論づけ、そのメディアに関係する電子保存場所として五つのカテゴリーがあると述べた。すなわち、それらは、

- (1) ハードディスクを含むオンライン・データ
- (2) 光ディスクを含むニアライン・データ
- (3) 磁気テープなどのオフラインの保管装置
- (4) バックアップ・テープ
- (5) 潰され、消去され、そして壊れたデータ、である。

このうち最後の二つは、アクセス不可能なものとされた。すなわち、直ちに検索利用ができないため、費用負担の転換は問題とならないとした。そこで、裁判所は、*Rowe* 判決で示された八つの要因について詳細に議論を加えた上で、それらは修正される必要性があるとし、新たに七つの要因テストを示した。それらは、

- 一 関連情報を発見する要求の範囲
- 二 他の情報源からの情報の取得可能性
- 三 紛争の訴額と比較した文書提出の全費用
- 四 当事者双方が利用できる財源と比較した文書提出の全費用
- 五 費用を管理し、それをおこなう各当事者の相対的な能力
- 六 訴訟で問題となっている争点の重要性、そして
- 七 情報を得ることについての当事者に対する相対的な利益である。

裁判所は、バックアップ・テープの中身を検討したあと、費用転嫁について検討を行い、被告に対して原告が

選択した光ディスク、サーバーおよび五つのバックアップ・テープに存在しているすべての電子メールの返信を被告の費用負担によって提出することを命じた。残りのバックアップ電子メールについての費用支払いについては、裁判所は、サンプルの結果をみて両当事者に相互に負担を求めることにした。被告は、この復元作業のために約一万九〇〇三ドルを負担したが、最初に被告が原告に負担させるべきだとしていた見積費用は、弁護士および弁護士補助員による検討費用を含み、二万七三六四九ドルもの高額であった。裁判所は、七つの要因テストを適用した後、原告は、弁護士補助員の検討費用を除外し、復元および検索費用の二十五%を計上すべきだと決定した。

このようにして、文書の復元がおこなわれている間、裁判所の以前の意見 (Zubalake I および III) に記載されているように、原告はいくつかのバックアップ・テープがもはや利用不可能であることを知った。原告はまた、最初に UBS の電子メール・システムから削除され、またバックアップ・テープ上でのみアクセス可能であったという状態の後にも、訴訟に関連する電子メール自体が作成されていたと結論付けた。そのため原告は、バックアップ・テープの残りを復元する全ての費用の支払いを UBS に求める命令を裁判所に求めた。それに加えて、原告は、UBS に対する不利益推定説示と証拠隠滅によって再び関係人を証言録取するための費用負担を求めた。これに対し、裁判所は、「被告は将来の訴訟に関連するかもしれないと知った時から証拠を保存する義務がある」と判断した。裁判所は、原告によって請求されている費用を補填するよう被告に命令した。⁽³¹⁾

(ii) 判決と理由

Zubulake V では、裁判所は、UBS が関連したデータを保存し、また提出できるように保証するための必要なあらゆる手段を講じなかったことに対して制裁を求めた原告の申立てを認め、さらに、Zubulake IV で求められた不利益推定説示が与えられると決定した。裁判所はまた、UBS が電子メールの提出を遅延したことによって必要を迫られた原告の証言録取や再証言録取の費用を被告が支払う責任があるとして、UBS に申立ての費用を原告に補償するように決定を下した。

原告のズブレイクは、最初の文書要求のかなり後にUSBが削除したと主張している電子メールのいくつかを復元することができたが、そのことでUBSが原告に対して損害を与えたと主張した。さらに原告は、事件に関連するUBSの従業員間の電子メールだけでなく、主要な幹部職員間で交換された重要なコミュニケーションについては全く復元できなかったとした。

そこで裁判所は、被告側の弁護士が関連するUBSの情報を予め検索し、保存するという義務を履行しなかったため、一部分で文書の破棄の原因を生じたことに責任があるとした。この点について、裁判所は、訴訟における弁護士の役割に触れ、「弁護士は（依頼者が）発見できる情報の全ての情報源が特定され、検索されるように法令遵守を見守る肯定的対応を講じなければならない」と述べた。裁判所はさらに、UBSには弁護士にすべての関連する文書を発見させ、保持し、提出することを確認する義務があるとした。さらに裁判所は、ESIの管理について訴訟当事者は重要なデータを保持し、文書保存メディアを安全保護した状態で関連する文書が保存されていることを保証しなければならないと示唆した。⁽³²⁾

Eデイスカバリーにおける保護命令

最後に、裁判所は、被告が関連する情報を故意に破壊するなどして、裁判所の指示を守らなかったと判断した。その結果、UBSに対する不利益推定説示が命じられた。陪審に対する最終的な説示において、裁判所は陪審員に対して「もしあなたたちが、UBSはこれらの証拠提出が可能だったと判断したならば、そのような証拠は係争中の事件において事実を決定する際の材料となります。そしてあなたたちが認めるならば、証拠はUBSにとって非常に不都合なものになります」という説示をおこなった。⁽³³⁾ 裁判所は、それだけでなく、原告に追加された再証言録取と弁護士費用を含む申立ての費用の返済に対する金銭上の制裁を加えた。結果として陪審は、補償および懲罰的な裁定を与える要求に関してズブレイクの意見に賛成する評決を下した。

(iii) まとめ

本判決は、利害関係者間の関連するコミュニケーション情報がデジタル形式で利用できたとして、電子ディスクバリーについての法的及び技術的解釈の両方に関して重要な手続的課題を提示するものとなった。その挙げられた主なポイントは、以下の通りである。

- ① 訴訟中にデジタル証拠を保存するために課される当事者の義務の範囲、
- ② 電子データの保存および（訴訟を維持するための）同データの提出についての依頼人の法令遵守を監視する弁護士の義務、
- ③ データの抽出、すなわち復元する費用と有効性についての知識、
- ④ アクセス不可能なメディア（例えば、バックアップ）を復元することを要求する当事者に費用負担を課すこ

と、および、

⑤ デジタル証拠の意図的な破棄に対して制裁を課すこと、である。

Zubulake I 事件では、まずバックアップ・テープを復元し、関連する電子メールの検索費用をどのように当事者に負担させるのが問題となったが、この判決を書いた Schindlin 裁判官は、被告に費用負担をさせるかどうか、およびその範囲について、これまでの Rowe 事件の要因を修正し、新しく七つの要因テストを示し、特にこの事件において、UBS がバックアップ・テープから関連した電子メールを検索する費用の七十五%について負担するのが妥当だとした。⁽³⁴⁾

Zubulake III 事件では、原告の申立てによって「合理的に予想できる」場合には、UBS には ESI を保存する義務があるとされた。Zubulake III 事件決定に基づいて、Schindlin 裁判官は、UBS の ESI 保存義務は、申立てがなされる以前の二〇〇一年にすでに問題となっていたとした。その時点で、UBS の上司は、原告が訴訟を開始するであろうという懸念を表明していたのである。しかし、その際に、原告に関する UBS のコミュニケーションは、被告のワーク・プロダクト権によって保護できるものだと思われる。しかしその中には、弁護士からの法的アドバイスを含まなかったり、それに言及していないもの、あるいは弁護士を巻き込まない情報さえ含まれていた。⁽³⁵⁾

したがって Schindlin 裁判官は、原告が申立てを提起する以前から UBS はこのような訴訟を予想していたこと、そしてそれゆえ、UBS に関連する ESI を保存しておく義務があったことは明白だったとした。(原告の申立てが提起された後に、被告の一通の特定の電子メールが削除され、それが状況証拠から原告ズブレイクにつ

いて言及したものであることがわかった。) UBSはバックアップ・テープのいくつかを復元したが、原告は、特定の電子メールが被告によって削除されたことに加えて、訴訟が提起された何年も後になってESIが提出されたものであることを主張した。⁽³⁶⁾ このような事実に基づいて、裁判所は不利益推定説示を陪審に与え、UBSには保存義務があったのに、UBSが特定の電子メールを削除しただけでなく、その削除された情報がUBSに不利益なものであったことが説示された。

通常、不利益推定説示を与えることは、和解または訴訟の終結につながるものであるが、当事者は和解せず、事実審理を続けた。その結果、原告の九百万ドルの填補的損害賠償の要求に対して、陪審は評決で原告ズブレイクに二九二〇万ドルの賠償を与えた。そのような差額が生じたのはUBSがESIを保存しなかったと陪審がみなしたことに起因していると考えられている。⁽³⁷⁾

(1) Eデイスカバリーの連邦民事訴訟規則改正についての詳しい論考としては、吉田大助「Eデイスカバリーに関する米国連邦民事訴訟規則の改正」国際商事法務三四卷一四二頁(二〇〇七年)、また、Eデイスカバリーの導入過程についてリチャード・マークス教授へのインタビューをもとにそれを詳しく紹介したものととして、藤本利一「米国連邦民事訴訟規則におけるEデイスカバリー規定の導入とその現状」阪大法学五九卷三・四号七〇三頁(二〇〇九年)、さらに、ケネスN・ラッシュバウム、菊池毅「米国民事訴訟における証拠開示と電子情報(Eデイスカバリー)の実務について」国際商事法務三八卷一〇号一三四〇―四九頁(二〇一〇年)がある。本稿もこれらの論文を参照した。

(2) Rule 34. Producing Documents, Electronically Stored Information, and Tangible Things, or Entering onto Land, for Inspection and Other Purposes

(b) Procedure.

(1) Contents of the Request.

(2) Responses and Objections.

Rule 26. Duty to Disclose ; General Provisions Governing Discovery

(b) Discovery Scope and Limits.

(2) Limitations on Frequency and Extent.

(B) Specific Limitations on Electronically Stored Information. A party need not provide discovery of electronically stored information from sources that the party identifies as not reasonably accessible because of undue burden or cost. On motion to compel discovery or for a protective order, the party from whom discovery is sought must show that the information is not reasonably accessible because of undue burden or cost. If that showing is made, the court may nonetheless order discovery from such sources if the requesting party shows good cause, considering the limitations of Rule 26 (b) (2) (C). The court may specify conditions for the discovery.

(f) Conference of the Parties ; Planning for Discovery

(1) Conference Timing.

(2) Conference Content; Parties' Responsibilities.

(3) Discovery Plan.

(4) Expedited Schedule.

Rule 37. Failure to Make Disclosures or to Cooperate in Discovery ; Sanctions

(f) Failure to Participate in Framing a Discovery Plan.

If a party or its attorney fails to participate in good faith in baddeveloping and submitting a proposed discovery plan as required by Rule 26(f), the court may, after giving an opportunity to be heard, require that party or attorney to pay to any other party the reasonable expenses, including attorney's fees, caused by the failure.

(c) Fed. R. Civ. P. 26(f).

(4) Fed. R. Civ. P. 34(b). 下記という「合理的に使用可能」とはどのような場合か、については今後の判例の積み重ねにより明らかになるものと思われる。そのため裁判所の判例動向を詳しく分析、検討する必要がある。これは今後の課題とした。

(5) Fed. R. Civ. P. 26(b) (2) (B). See Henry S. Noyes, *Good Cause Is Bad Medicine For The New E-Discovery Rules*, 21 HARV. J. LAW & TEC 49 (2007).

(6) Fed. R. Civ. P. 34(f). 連邦民事訴訟規則三七(f)に基づく保護を確実に得る最善の方法の一つは、係争中のまたは合理的に予測できる将来の訴訟に関連したESIを特定し、保存するための一貫性のある手順を確立すると共に、ESIの保存および定期的なデータ破棄に関する厳格なプログラムを採用し、実施することである。但し、この連邦民事訴訟規則三七(f)のセーフ・ハーバーの規定は、本規則に基づく制裁についてのみ適用され、他の権限に基づく制裁や職業倫理規定に基づく制裁には適用されない。

(7) Eディスカバリーを紹介する論文としては、前掲注(1)の吉田論文、藤本論文のほかに、眞鍋佳奈「米国訴訟におけるディスカバリー手続と日本企業に求められる対応—Eディスカバリーに関する改正法を踏まえて」NB18五六号二二頁(二〇〇七年)、Lane M. Peterson, Michael D. Kaminski, Kenneth E. Krosin 事務局(訳)「米国特許訴訟におけるEディスカバリーの管理方法」AIPPI 五四巻一〇号三八頁(二〇〇九年)がある。特に日本企業に対する

実務上有効な論文として、一色太郎「Eディスカバリーへの効果的対応―コストを抑えた効率的なEディスカバリーをおこなうための実務上の対応策―」知財管理五九巻四号（二〇〇九年）がある。一色論文は、Eディスカバリーを実務上の見地から検討しており、アメリカでの訴訟に巻き込まれた際の対応について述べられている点に特徴がある。また連邦証拠規則との関連から検討している浅香吉幹「Eディスカバリー連邦民事訴訟規則二六条(b)項、連邦証拠規則五〇二条」アメリカ法二〇〇九―二〇一〇年四三三頁（二〇一〇年）、土井悦生「米国ディスカバリー手続の法と実務―米国民事訴訟における開示手続―」国際商事法務三八巻一〇号一四〇五頁（二〇一〇年）がある。本稿も、これらの先行研究を参照したが、本稿の執筆にあたってはもっぱら最近の英文論文や判例を中心に行った。

(8) Coleman Holding, Inc. v. Morgan Stanley Co., 2005 Extra LEXIS 94, 8 (Fla. Cir. Ct. Ma. 23, 2005). See also ALLISON BRECHER & SHAWNNA CHILDRESS, E DISCOVERY PLAIN & SIMPLE 5 (Auther Houge, 2009).

(9) Morgan Stanley Co., 2005 Extra LEXIS at 6.

(10) *Id.*

(11) *Id.* at 12.

(12) *Id.* at 15.

(13) *Id.* at 18.

(14) *Id.* at 16.

(15) *Id.* at 18.

(16) *Id.* at 23.

(17) *Id.* at 31.

(18) See BRECHER, *supra* note 8, at 5.

(19) *Id.*

(20) *Id.* at 6.

Eディスカバリーにおける保護命令

- (21) *Id.*
- (22) *Id.*
- (23) *Id.* at 6-7.
- (24) *Id.* at 6.
- (25) *Id.* at 8.
- (26) See *Zubulake v. UBS Warburg LLC*, 217 F.R.D. 309 (S.D.N.Y. 2003); *Zubulake v. UBS Warburg*, 216 F.R.D. 280 (S.D.N.Y. 2003); *Zubulake v. UBS Warburg*, 220 F.R.D. 212 (S.D.N.Y. 2003); *Zubulake v. UBS Warburg*, 2004 WL 1620866 (S.D.N.Y. July 20, 2004); *Zubulake v. UBS Warburg LLC*, 217 F.R.D. at 318; 217 F.R.D. at 322; *Zubulake v. UBS Warburg LLC*, 216 F.R.D. 280; *Zubulake v. UBS Warburg*, 2004 WL 1620866.
- (27) See also BRECHER, *supra* note 8, at 4.
- (28) *Id.*
- (29) *Rowe Entertainment v. The William Morris Agency*, 205 F.R.D. 421 (S.D.N.Y. 2002). 本件の原告は、アメリカ系アメリカ人のコンサートの主催者であり、彼らによって差別的で反競争的なビジネス手続に従事することを余儀なくされたためエンターテイメント市場から締め出された、と主張した。そこで原告は、とくにコンサートの主催者を選択する点について、およびコンサート主催者の選択、関連した市場シェアなどに関する点について、被告たちと間で交わされた電子メールのコミュニケーション情報を原告のために裁判所が「徹底的に」確保することを要求した。被告たちは、要求されたそのようなデータのほとんどは、そのデータが検討され、提出される以前にバックアップ・テープに存在されていたため、その提出は不当な費用負担を課すことになるという理由から、保護命令の申立てをした。その争点は、そのような提出物の提出が規則二六(c)「不当な負担または費用」を構成するかどうかということであった。このESIの提出にかかる負担が「不適切なものだった」かどうか判断するために、*Rowe*事件の裁判所は以下の八つの要因に基づいてバランス・テストを採用した。

1. 要求の特殊性
2. 検索の成功可能性
3. 他の情報源からの入手可能性
4. 保存の目的
5. 当事者に対する利益
6. 総費用
7. 費用管理能力
8. 当事者の財源

そして、*Rowe* 事件の裁判所は次のように述べた。「もし当事者が現在の活動に関連してそれを利用するために電子データを維持しているならば、それは彼ら自身の費用でディスクバリー要求に応じることができると期待することができ。」「しかしながら、反対に、現在の事業の目的ではなく過去の遺物的なデータを保持している当事者の場合は、非常事態とも言える事件のために、または廃棄することを怠ったという理由で保存している場合には、それを提出する費用は相手方に負わす。」(The William Morris Agency, 205 F.R.D. at 432-33.) この事件で、上記の八つの要因を検討し、裁判所は、費用負担を原告へ移すことに賛成した。

(30) Zubulake, 217 F.R.D. at 323.

(31) *Id.* at 324.

(32) *Id.*

(33) BRECHER, *supra* note 8, at 4.

(34) *Id.*

(35) *Id.*

(36) *Id.* at 5.

(37) *Id.*

3 Eディスカバリーにおける保護命令

(1) 不注意なESI情報の開示を保護命令で阻止できるとされた事例

—Alcon Manufacturing, Ltd. v. Apotex, Inc., 2008 U.S. Dist. LEXIS 96630 (S.D. Ind. 2008).

ESIを対象とするディスカバリー要求に応ずることは、計り知れない試練になる可能性がある。そのため、ESIのディスカバリー要求に応ずるとき、情報の不注意な開示を避けるために、当事者は、保護命令を求め⁽¹⁾る。保護命令は、通常、訴訟に関係しない重要情報が公表されるのを防止することを目的とすると共に、保護命令の範囲に応じて、機密性があつたり、特権化された情報の開示から当事者を保護するために申立てられる。

Eディスカバリーに対する保護命令に関する事例としてAlcon社対Apotex社事件⁽²⁾がある。この事件では、ディスカバリー紛争は、薬剤の特許権侵害訴訟において提起され、被告は、原告の希望を聞き入れてディスカバリー要求に応じた。しかし、これらのディスカバリー要求についての原告の応答の際に、原告は不注意にも弁護士手書きのメモを含む特権化された情報を含んだ文書を提出してしまった。原告は、証言録取段階までは文書について不注意な提出だとは思っていないなかった。被告側弁護士は、最初に機密情報を含んでいる文書かどうかを確認するための検討をしたが、特に文書または筆跡からそのような問題を認めなかった。最初は原告側弁護士はこの文書を採用することに反対しなかったし、それが原告の不注意で提出されたことも示さなかった。

原告の企業内弁護士は、問題のノートの筆跡および署名の筆跡を確認した上で、原告の訴訟弁護士に、書面は特権化されたものであり、開示を承認することを防ぐ申立てをすべきだと述べた。そこで原告弁護士は、文書が特権化されていたものであったが、電子文書の破壊エラーが原因で不注意に提出されたのだと主張した。原告は手書きのメモを省いて編集した文書を提出する一方で、被告に対しては原告の申立てた保護命令に従って原告の記録されたすべての文書のコピーを破棄するよう求めた。それは、被告に対して「不注意に提出された弁護士―依頼人間コミュニケーションデータの返還」を要求するものであった。

しかし、被告はコピーの返却とその破棄をおこなわず、むしろ当該コピーを専門家証人に提供し、その報告書等待った。被告は原告の申立てに対しいくつかの抗弁をした。その一つは、被告は、問題の文書が特権的なものであると認めたものの、保護命令はこの文書には適用できないと主張した。つまり、仮に保護命令が適用できるとしても、原告は文書提出によって弁護士―依頼人特権を放棄したものだとした。被告は特権化された文書というのは証言録取の記録とおなじように潜在的な訴訟記録であり、それゆえ原告がデイスカバリ情報の取り扱いに関して利用できるのは保護命令ではなく、本案審理の前に予め証拠排除を申立てるモーション・インリムニー(motion in limine)⁽³⁾の申立てにおいてでなければならないとした。⁽⁴⁾

しかし、原告は、被告が裁判所の二〇〇七年五月一八日付の保護命令に違反したと主張した。なぜなら電子的に不注意に提出された特権的な文書のすべてのコピーを原告に返却または破棄することを被告が拒み、被告がこの文書をその専門家の一人またはそれ以上の人に配布したからである。この点につき裁判所は、文書がまだ「事実審理前の開示だけ」とどまっておき、したがって、この文書の不注意な開示に保護命令は適用されるとした。

担当治安判事の Baker 裁判官（以下、「ベーカー裁判官」とする。）は、保護命令によって事実審理前段階の開示、あるいはまた訴訟に関連した情報、文書、具体的な物に対する提出を規制すると述べた。したがって、文書を証言録取のために参照することは、文書を裁判記録の一部とすることではないと、ベーカー裁判官は指摘した。ベーカー裁判官は、保護命令はこのような文書の不注意な開示に対して抑制的機能を有するとの結論を下した。保護命令を主張することは、ディスクバリー手続中に不注意な提出をしようというような過ちを当事者が妨ぐことを許容する。それは、電子ディスクバリーにおける情報の不注意な公表の場合には、過ちを犯した際に特に重要である。それゆえ、ベーカー裁判官は、特権化された情報を含んでいるすべての文書コピーは破棄されるか、原告に返却されるべきであり、専門家に特権化された情報を検討させた報告書の被告による参照は制限されるべきであるとした。⁽⁵⁾

裁判所は、保護命令は、「訴訟に関連する情報、文書、そしてその他の有形物の事実審理前の開示や提出」を抑制する目的をもつものであるとし、保護命令の意義を理解したうえで、原告の開示が不注意なものだった点について誠実な外観を示していること、さらに彼らがその開示に気付いたときに迅速な救済的行為を求めたことに基づいて、原告の保護命令を認めた。

これに対して被告は、自分たちの主張を立証するためにいくつかの判例を引用し、そこでは、「すでに確立された文書が使われ、証言録取の際に添付書類として用いられることによって開示をおこなった当事者は、その文書に関連する特権のすべてについての潜在的主張を放棄したものであることは揺るぎないことである」とした。しかし被告がこの主張を保持するために引用した五つの判例のうち、四つについては保護命令に関するものでは

なく、また保護命令が本事案に類似したものでなかった。⁽⁶⁾

また、被告は、弁護士依頼人特権またはワーク・プロダクトの権利放棄に関連する特定の情報を保護するのに必要な訴訟費用が、特に電子ディスカバリーで問題となるとし、もし原告側の弁護士が開示の前に特権ログに対する全ての開示について二重または三重に慎重にチェックしていたならば、おそらく問題となった状況は回避されていただろう、とした。

しかし裁判所は、結論として、次のように述べた。「上述の理由のために、裁判所の命令が出された三〇日以内に以下のことをせよ。(1)被告は添付書類七一のすべてのコピーを削除するか、もしくは原告に返却するべきであり、そのような行為がとれることを書面で保証すべきである。(2)被告は秘匿特権やこの命令と矛盾がないものであつて、しかも更新された専門家証人の報告書であれば利用することができる。(3)被告の専門家証人のメモに依拠した報告書の一部分が削除された時には、原告は、同意書を提出すべきである。そして、(4)原告は、八六三の特許に関する文書を提出すべきである。」⁽⁷⁾この判決に示されたように、Eディスカバリーにおいても弁護士依頼人間の秘匿特権は重視され、仮に誤って提出された文章であっても、保護命令によって開示から保護することが認められた。

(2) E デイスカバリーにおいて電子情報のミラー・イメージを取る際の具体的手続が示された事例

—Capitol Records Inc. v. Noor Alaujan, 2009 WL 1292977 (D. Mass. 2009).

現在、音楽会社によって提訴される多くの著作権侵害事件では、訴訟遂行のために原告が知りたい情報を収集する必要性と、被告が有する情報のプライバシー保護の権利とのバランスが問題となることが多い。証拠開示においても、そのようなバランスをとるために裁判所が一定のガイダンス（指標）を与える必要が生じる。法的根拠なしに著作権のある音楽を違法にダウンロードしたとして著作権侵害訴訟において、音楽研究家の所有するパソコンへのアクセスを求めた *Capitol Records Inc. v. Noor Alaujan*, 2009 WL 1292977 (D. Mass. 2009) 事件は、そのような例の一つである。⁽⁸⁾

ロサンゼルスダウンタウンに大量のLPレコードを重ねたように立つ円筒状の *Capitol Records* の高層ビルディングは、ハリウッドのランドマークであり、ロサンゼルスの地平線で長い間目立っていた。この *Capitol Records* によって起こされた本訴訟において、被告の *Joel Tenenbaum* は、オンライン上で原告の著作権のある音楽ファイルを不法に共有したとして訴えられた。

原告のレコード会社は、著作権侵害の内容を検証するために、被告の所有する二台のコンピューターへのアクセスを求めた。これに対し、被告は、原告のデイスカバリー要求は広範すぎるものであり、しかも非開示特権を侵害するだけでなく、プライバシー侵害の可能性があるととして、それらに対する保護命令の申立てをした。裁判所は被告の一台のコンピューターに対しては保護命令を出したが、もう一台に対しては原告のアクセスを認めた。

裁判所は、被告のプライバシーの主張について、原告に詳細な報告書を提供するよう命令した。以下、この事件について詳しく紹介する。

①判決要旨

被告の申立てた保護命令については、一部認容され、一部却下された。というのも、原告はディスクバリーの目的で、Joel Tenenbaumの所有物であるゲートウェイのデスクトップパソコンと、東芝のノート型パソコンの二台のコンピュータに対する調査を求め、特に、原告がハードディスクのミラーイメージ (mirror image) ⁽⁶⁾ を作成することによって、著作権侵害の証拠を発見しようとした。そのために原告は、コンピュータ専門家によって被告のすべてのドライブの内容を完全に、また正確に複製することが必要だと主張した。

裁判所は、東芝のノート型パソコンに対する被告の保護命令を認めた。他方、もう一台のゲートウェイのコンピュータに対してはディスクバリーが認められたのであるが、その開示方法をめぐって争われた。被告は、その証言録取において、ゲートウェイのコンピュータは、被告の勤務する大学でも利用され、後のファイルの共有のために使われていることを認めた。しかし、被告は、原告の主張するデータに関連した特定の情報の保持の有無についての記憶を否定した。それに対し原告は、被告が自作していると認めたCDから被告が原告の著作権のあるファイルをアップロードするためにコンピュータを交換し、その時にファイルの共有ネットワークの上の更新のためにゲートウェイのコンピュータが使われた、と主張した。

原告は、そのような証拠が、連邦民事訴訟規則二六(c)に基づき、訴状において述べられた請求に関連するもの

E ディスカバリーにおける保護命令

一四九

であると主張した。なぜならそれは問題となった曲がアップロードされ、しかも潜在的に送信された場合に相当するからであり、それは被告による継続的なファイル共有によって故意の著作権侵害が認められる証拠となるデータを含むからである。被告は、しかし、そのような対象は広すぎるものであり、被告に過度な負担を課するものとなり、被告のプライバシー権を侵害すること、そして守秘性のある弁護士―依頼人間のコミュニケーションを危うくすると反対した。

裁判所は、被告の電子データの完全な複製物をつくるというミラーイメージを作成することが深刻なプライバシーの侵害の問題を引き起こすことが懸念される一方で、コンピューター自体が訴訟の争点の中心である場合、つまり実質的に申し立てられた著作権侵害の手段として用いられたとされている場合、それは明らかに連邦民事訴訟規則二六(b)に関連性をもつとした。⁽¹⁰⁾

被告が証言録取で認めたように、ゲートウェイのコンピューターは、ファイル共有のために被告によって使われたデバイスのまさにその一つである。彼がこのファイル共有について詳細な事実について記憶していないこと、および彼の一貫性のないディスクバリーに対する応答があったため、原告が求めているミラーイメージの作成を認める機会を与えている、と裁判所はした。⁽¹¹⁾ 同時に、裁判所は、原告が蒙った現実の損害と、著作権法のもつて得られるとする制定法上の損害賠償は違憲であり、法外であるという被告の主張とを比較検討した上で、原告が被告のゲートウェイのハードディスクの検査をすることが必要であるとした。これに対し、被告は、その抗弁で、原告の請求は、被告のファイル共有の行動が、実際に、現実には、どのくらい実質的で、継続的で、重大だったかという別な争点をつくりだすものだ、と主張し、裁判所はそれに同意した。⁽¹²⁾

本件の主要な争点は、もちろん被告のプライバシー権に対する侵害の懸念に集中する。特に、訴訟の請求とコンピュータとの関係が、性質上、相当程度に漠然としているか、あるいは立証されていない場合は特にそうである。本件の場合には、裁判所は東芝のノートパソコンでなく、ゲートウェイ・コンピュータが訴訟の請求に十分に緊密な関係があると認定した。さらに裁判所は、以下に詳細に記されているように、被告のプライバシーについての異議は強固な保護命令を通して解決することが可能であるとした。⁽¹³⁾

② 保護命令について

被告の保護命令の申立てについて、裁判所は、関連性のない個人情報、ミラーイメージによって開示されることに最大限配慮し、一定の要件と保護命令に従ったディスクバリーが必要だとした。

裁判所は、全てのハードディスクのミラーイメージが必要であるという点、すなわち、デジタル情報がコンピュータに保存される方法、および「削除された」ファイルが回復されるという方法は、プライバシーに対する配慮という観点からは問題を含むものとなりうるとした。⁽¹⁴⁾ すなわち、「削除された」文書や、無関係なファイル、原告の弁護士―依頼人間のコミュニケーション、学生の成績、未公表の研究ノート、さらに医療記録といったカテゴリーの文書は、無関係な個人情報であり、これらを開示させるのはかなり不適切となる。⁽¹⁵⁾

以上のような理由から、被告の東芝ノートパソコンに関する保護命令の申立ては認容されたが、ゲートウェイ・コンピュータに関しては棄却された。しかも、ゲートウェイ・コンピュータのハードディスクの検査については、裁判所によって特定された手続と矛盾なく進めるものとするように要請された。

これを支障なくおこなうため、より厳密な電子情報に関するディスクバリー手続が連邦控訴裁判所によって規定された。

③電子情報開示の方法について

裁判所は、以下のような電子情報の開示についての手続を示した。

第一に、被告のゲートウェイ・コンピュータのハードディスクのミラーイメージを提出することに関しては、原告は、コンピュータの科学捜査専門家を選出すべきである。

第二に、コンピュータの検査のために任命した専門家やそのアシスタントは、当事者間で同意された秘匿合意書を締結し、それに署名し、本件で求められた保護命令を遵守するものとする。

第三に、被告は、保護命令が認められた十日以内に、相互に同意する時刻に、被告の弁護士事務所や原告の専門家にゲートウェイ・コンピュータの利用を可能にさせるべきである。原告の専門家は、ゲートウェイ・コンピュータのハードディスクについて、数時間以内にミラーイメージをとらなければならない。また、彼らは、その施設から被告のコンピュータを移動することができない。

第四に、この作業に任命される専門家、およびそのアシスタントだけに調査する権限が与えられる。原告または原告の弁護士は、提出されたミラーイメージを検査できないし、また処理もできない。原告の専門家（以下、「専門家」とする。）は、極秘でこれらすべての情報を保存することになる。専門家は六十日以内に、ミラーイメージと全ての復元されたデータの複写と文書を管理し、保管しなくてはならない。

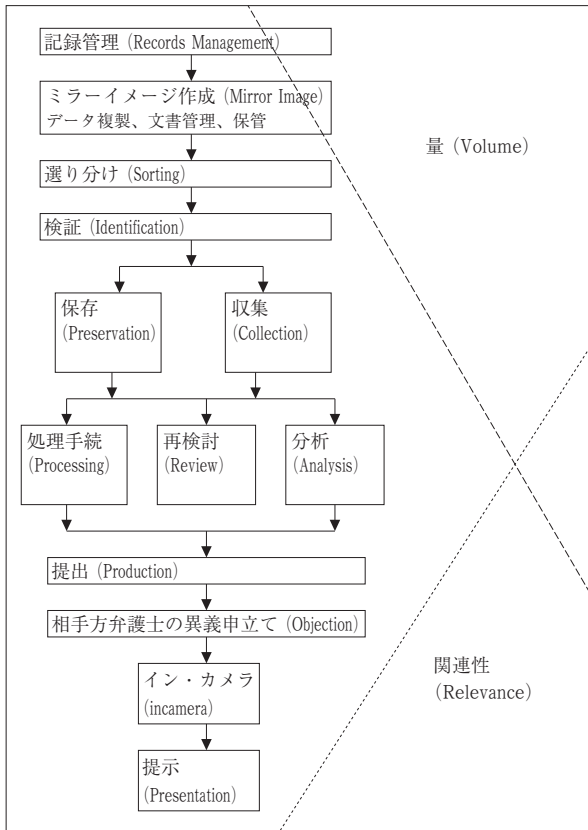
第五に、専門家は、ファイル共有ソフトウェアによる電子記録と音楽ファイルに関連する「メタデータ」を含む、ミラーイメージ上の復元可能なファイル共有のデータを分析することができる。修復可能なデータは、オペレーティングシステムのディレクトリにもはや表示されない「削除された」ファイルをも含む。

第六に、専門家は、関連性のない電子メール、ワープロ文書、PDF文書、表計算文書、画像ファイル、ビデオファイルまたは保存されたウェブ・ページのファイルまたはデータについては分析できない。他方、付加的な予防策として、被告は、検査の前に専門家、および原告の弁護士の双方に提供された特権ログの中の弁護士—依頼人間のコミュニケーション、または秘匿されたワーク・プロダクトファイルを指定することが許可される。これらのファイルは、専門家によってミラーイメージから速やかに削除されるものとする。そして争いある場合には、それらは開かれるか、またはそれらの内容物について専門家によって調べられる。

第七に、ミラーイメージの検査に基づいて、専門家は、情報のなかで見つけた音楽ファイルとそれに関連した共用ファイルに関する報告書を提出するものとする。この報告書では、この訴訟開始以来ハードディスクのなかで一定のデータが「一掃された」か、またはすでに消去されたという証拠についても言及することができる。

第八に、専門家は、この報告書を被告側弁護士だけに開示するものとする。被告側弁護士は秘匿特権に基づいて報告書の内容に異議を申し出るために五日間を有することができる。そのような異議は、最初に原告側弁護士に文書で通知されるものとする。当事者自身でいかなる紛争も解決することができる場合、原告は専門家の報告書の提出を強制する申立てができるものとする。紛争がない場合、あるいは当事者自身で同意に達するならば、被告は原告に専門家の報告書を速やかに開示するものとする。

図1 Eディスカバリーの流れ



第九に、裁判所は、開示の強制の申立てについて判断する際に、被告にイン・カメラ調査で専門家の報告書を提出するよう要求することができる。これらの条件と見合った保護命令については、このEディスカバリ手続の前に、原告によって提起されなければならない。その裁可の後、当事者は十日以内に、面会協議を迅速におこなう、ミラーイメージに関してゲートウェイ・コンピューターにアクセスするために専門家に對して守秘義務の同意、および相当な時間について

決定する。⁽¹⁶⁾

これらのESIの開示についての実務的方法は、本格化するESIの開示に関する指導的指針となるものである。この開示の指針を图示したものが図1である。

図1が示すのは、Eディスカバリ該当記録に対するミラーイメージが作成されたあとの流れを本判決の示すところに従って整理したものである。右上の斜

線はディスクバリー検査が進行するに従って、その扱うデータ量が減少してゆくことを示し、右下の斜線はディスクバリーの進行に伴って、情報の事件への関連性が深くなることを示す。

コンピューターは、今日の人々の生活、およびビジネスで不可欠な役割を果たしているため、訴訟手続上、誰かの個人的な電子情報にアクセスする必要性がある場合は、プライバシーの侵害等、種々の問題を生じる。争いなしに個人の所有する電子装置に対するアクセス権を譲り渡されることはめったにないため、多くのESIディスクバリー紛争では、その過程において、早期に、当事者間で面会協議をおこなわせ、そのうち裁判所の介入を通して解決されること⁽¹⁷⁾が求められている。そこで、保護命令を準備する際に、どの装置に相手方がアクセスしたか、はじめから正確に理解することが重要である⁽¹⁸⁾。Eディスクバリーについてあらかじめはっきりとどちらかに不利益な約束が成立しているときは、裁判所に申立てをすることが可能である。

(1) 保護命令とそれを根拠づける正当事由の問題については、竹部晴美「アメリカ民事訴訟におけるディスクバリー制度—保護命令(protective order)とその正当事由(good cause)について」法と政治第五九巻第四号一一九頁(二〇〇九年)参照。

(2) Alcon Manufacturing, Ltd. v. Apotex Inc., 2008 U.S. Dist. LEXIS 96630 (S.D.Ind. 2008).

(3) *Id.* at 9. モーシヨン・インリムニーについては、丸田隆「刑事陪審裁判における不適切証拠の事前排除—Motion in Limine (不適切証拠排除申立て) について」法と政治第三三巻第四号三六一—三八四頁(一九九二年)参照。

(4) *Id.* at 10-11. この特許訴訟はいくつかのディスクバリー問題を提起している。その一つは特権化された情報を含んでいる電子的に提出された文書を含む。そしてそれは裁判所に新連邦証拠規則五〇二条、および保護命令の下での

Eディスクバリーにおける保護命令

一五五

争点を検討することを要求する。裁判所は二〇〇八年九月二十六日にこれらの事項に関して聴聞会を開いた。そこで、当事者は以下のことに関して証拠および論拠を示した。(1)原告の主張は、被告が特権化された情報を含んでいる文書を削除するか、または返却すること。(2)原告の主張は、特権化された情報を含んでいる文書は専門家証人の報告書から抹消されること。(3)被告の主張は、原告は臨床試験で使用した同意書を提出すべきであること。そして、(4)被告の主張は、原告が八六三の特許と称されるものに関する文書を提出すべきであること。両当事者は、非常に長い聴聞会の後、当該書面を提出した。二〇〇七年五月一八日の保護命令は以下を規定する、すなわち、①提出している当事者が不注意または間違って情報を提出したならば、この訴訟における文書またはその他の有形物は弁護士依頼人特権、またはワーク・プロダクトの免除を条件にして、取り下げられるべきである。②そのような提出物については、弁護士依頼人特権、またはワーク・プロダクト要求の権利放棄を構成するという損害をもたらすべきではない。③そして提出する当事者は、不注意または間違って提出した物がある場合には、そのデイスカバリーによる開示を取り下げるために救済的な行為を迅速に促すことについては誠実な外観性が与えられる。④提出した当事者から、そうするために要求書を受けとる三日以内に受領した当事者は、提出した当事者に、文書または有形物を返却すべきである。そして提出した当事者は、弁護士依頼人特権、またはワーク・プロダクトの免除の請求によって保護されるかあるいは、不注意に、または、誤って出されたものと答えるものとする。⑤受けとった当事者もまた、不注意にまたは、誤って出された情報に関連するすべてのコピー概要またはメモを破棄すべきである。しかしながら、もしこの命令が、この保護命令のもとでデイスカバリー提出の一部として、その不注意な提出のための権利放棄ではなく、その他の理由に基づく場合、情報の提出を強制する申立てををおこなうことについては当事者を妨げないものとする。⑥提出した当事者は、更なる証言録取のためにすべての返還された文書および有形物のコピーを保持するべきである。

(5) *Id.* at 29-30.

(6) *See* FDIC v. Ernst & Whinney, 137 F.R.D. 14, 19 (E.D. Tenn. 1991) (保護命令は守秘義務のある文書についての認められたが特権ある文書には認められなかった。); *Golden Valley Microwave Foods, Inc., v. Weaver Popcorn Co.*,

- 132 F.R.D. 204, 209 (N.D. Ind. 1990) (保護命令の一部としてなされた(情報)の回収条項については言及せず。); Edwards v. Whittaker, 868 F. Supp. 226, 229 (M.D. Tenn. 1994) (保護命令について言及せず); Crossroads Sys. (Texas), Inc. v. Dot Hill Sys. Co., 2006 U.S. Dist. LEXIS 36181, 2006 WL 1544621, 12 (W.D. Tex. May 31, 2006) (回収条項をめぐり保護命令について言及せず)。
- (7) Apotex Inc., 2008 U.S. Dist. at 29-30.
- (8) Capital Records Inc. v. Noor Alaujan, 2009 U.S. Dist. LEXIS (D. Mass. 2009).
- (9) *Id.* at 12-13. ミラーイメージとは、複製をつくる、つまりリアルタイムにコピーするという意味である。本件の場合、ハードディスクの中身であるデータと全く同じデータをリアルタイムに作成するということになる。
- (10) *Id.* at 10-11.
- (11) *Id.* at 10, and also see Ameriwood Industries, Inc. v. Liberman, 2006 WL 3825291 at 4 (E.D.Mo.2006) 参照。「被告が企業機密をコンピュータハードウェアにロードしたという主張は、原告の主張とコンピュータのハードディスクのミラーイメージを入手する必要性との間の重要な関連性を与える。」
- (12) *Id.* at 11. 裁判所は、「連邦民事訴訟規則三四および二六(b)のもとで当事者のハードディスクのミラーイメージデータを命じるための権限をめぐり。(See Balboa Threadworks, Inc. v. Stucky, 2006 WL 763668 (D.Kan.2006); Ameriwood Industries, 2006 WL 3825291; Communications Center, Inc. v. Hewitt, 2005 WL 3277983, at 1 (E.D.Cal.2005).)」
- (13) *Id.* at 16, See also Ameriwood Industries, 2006 WL 3825291; Arista Records, Inc. v. Tschirhart, Case No. 05-CA03720G, slip op. (W.D.Tex. Jan. 25, 2006) 参照。(守秘性があり、特権化された情報を開示から守るために保護命令によって被告のハードディスクのファイル共有についてのミラーイメージを守った。)
- (14) *Id.* at 12. See Decl. of Dr. Doug Jacobson, Exh. F to Pl. Opp. to Protective Order (document # 682-2).
- (15) *Id.* See also Ameriwood Indus. Inc. v. Liberman, 2006 WL 3825291, at 1 (E.D.Mo.2006).
- (16) *Id.* at 14. これら九つの段階について、*see id.* at 13-6.

E デイスカバリーにおける保護命令

一五七

(17) この点、二〇〇八年に施行されたカリフォルニア州電子ディスカバリー法 (California Electronic Discovery Act) は、ひとつのの情報源になる。その規定は、電子情報開示請求の形式の概要を示す。この規定は、コンピュータへの効果的なアクセスを定めている。それはまた当事者の要求に「関連する行動を実行させ、複製を作成させ、テストし、そしてサンプリングをとらせるための『合理的な場所』を検討させる。」その「合理的な場所」は、提出する当事者の所在地でもよい。

特定の電子装置への他者によるアクセスについて科学捜査の専門家を準備していても、彼らに無条件で装置への検査を許可することを意味するものでない。保護命令に関するカルフォルニア法の規定は、その点のガイダンスを定めている。それは膨大な基準のリストに基づいて裁判官に当事者を保護する幅広い裁量権を与えるものである。問題は、求められている項目が訴訟に関連するかどうか、十分な時間が与えられたかどうか、提出物の場所がその要求について指定された場所と異なるべきかどうか、および綿密な検査が準備されているかどうかである。

(18) したがって、準備不足または不注意な弁護士は、適切な技術専門家と相談する時間を確保することもないまま、面会協議 (meet and confer) を提案する。これは、しかし、不注意に非開示情報を提出してしまうとか、あるいは結果的に非常に高額になってしまう一連の提出物に同意してしまう、といった厄介な結果を引き起こす可能性がある。この点、カリフォルニア州裁判所規則は、特権的な文書を回収 (claw back) する手続を認めている。二〇〇八年夏に改正されたこれらの規則は、当事者に「そのような要求が提出の後に主張できるかどうか、特権または弁護士のワーク・プロダクトについて主張するまたは遵守する方法」を規定している。

4 ま と め

みてきたようにEディスカバリーは、紙ベースのディスカバリーと比較して包括的・概括的開示が余儀なくされる場合が格段に多くなる。なるほど、紙ベースの文書をひとつひとつ読んで訴訟や事件との関連性を精査し、

検討することに比べれば、電子化された情報は、キーワードによる検索や、ソーティング（分類化）といった点で、時間的にもより迅速で、安価な対応が可能と思われるかもしれない。

しかし、それは分析や精査の対象となるデータが正確かつ公正に準備されているという前提があつて初めて成り立つ。本稿で検討してきた判例に明らかのように、紙ベースのディスクバリーに比して、Eディスクバリーでは、何をディスクバリー対象のデータとして入手するか、それらをどのように入手するか、その時の守秘義務や秘匿特権はどうなるかという問題点が絶えず付きまとう。しかもデータはハードディスクなど記憶媒体やメモリーデバイスに他の私的情報と混在して保存されることがあるために、そのソーティングやインデックス化に時間とかなりの費用がかかる。この費用を一体、誰がどんなふうに請求している側か、された側か―分担するのかの問題もある。

本稿では、Eディスクバリーの上記のような様々な問題のなかでも、いわゆるプライバシーや企業機密といった守秘すべき情報をどのように保護命令で守るかという点について検討してきた。特に、紙ベース等の情報を前提に条文化された連邦民事訴訟規則二六(c)の保護命令がどのようにEディスクバリーにおける保護命令において効果をもつかをみてきた。

この点、求めに応じて概括的な提出をしたあとに本来開示すべきでない秘密情報を開示した場合に、保護命令が有効な防御申立てになることが、Alcon Manufacturing 判決によって示された。さらに、プライバシー権を保護するためによる情報開示についてとるべき方法や具体的手法について、その手続を定めたCapitol Records 判決は、Eディスクバリーにおいても保護命令のもつ役割を再認識させたものといえる。

Eディスクバリーにおける保護命令

一五九

E-Discovery and Protective Order : On the Non-disclosure Cases of Electronically Stored Information

論

Harumi TAKEBE

This article considers and analyzes the interrelation between E-discovery and the protective order in the civil procedure of the United States of America. It is well known that computer and the electronic technologies has swept over the business as well as civil life today. It has overridden the old method of information and the communication technology even including the legal materials and matters.

説

Because majority of the evidence in civil trials is digitally stored information today, the parties in lawsuit shall understand the computer system and the data storage practice more than before. The computer technology system including the digital evidence becomes more complicated and technical to handle. Most lawyers and house counsel, however, are used to be trained only on the paper documentation and presentation. In the context of law suit the complexity of discovery today turns out to be more burdensome and costly to deal with digital information. Not only in a commercial suit, but also in an administrative litigation such discovery deals with a large quantity of electronically stored information even to include secret business record and information. The discovery which includes electronic mail and the other electronic document in the computer of the parties is known and described as “electronic discovery” or “E-discovery”.

On the E-discovery, a part of the Federal Rules of Civil Procedure was amended and adopted in 2006 for the method of discovery procedure mainly focused upon ESI. By this amendment, all electrons including, but not limited to, an electronic information, an experimental data, an accounting data, a computer aided design and the file of the computer aided manufacturing, a website, a server and the network storage shall be subject of the electronic information discovery. The electronic mail, an instant message, document software or statistics software, and electronically preserved data are not exception of such subject of E-discovery.

一六〇

All parties in the lawsuit are to observe and comply with a severe sanction/punishment for the accidental/intentional cancellation of ESI related to the lawsuit or the government investigation. The responsibility occurs if the court approves and determines the procedure after a suit or the investigation. If disposal of ESI occurs after filing a suit, such punitive sanction will occur.

In the case of the electronic information disclosure, the object of discovery is extended to all ESI documents and stored ones. Thus even Japanese enterprises doing business in the United States may not refuse to produce an electronic information preserved in a computer and the server of the main office when it is required in the lawsuit in the United States. If it is exposed that the storage of such an electronic information had willfully and knowingly destroyed or canceled, the “adverse inference instruction” is given to the jury that will have a significant influence on the verdict. The examination of ESI will be required also considerable costs.

On the other hand, it is necessary for both parties to protect confidential information to be revealed unintentionally to the opposite party. To avert revealing unnecessary information, particular information shall be protected beforehand as non-disclosure in accordance with confidentiality by claiming “protective order” to the court. To utilize in camera procedure is also useful to limit a way of the disclosure. Therefore, for document holder, care for policy concerning to the related electronic information, management, preservation and a detailed check becomes unavoidable.

This article, therefore, analyses the background of 2006 amendment of FRCP, discusses cases related to E-discovery and examine “protective order” case. The article has following structure :

Chapter1 : Introduction

Chapter2 : Current State and Development of E-discovery in the United States

1. Outline of the Federal Rule of Civil Procedure Revision in 2006
2. Important Judicial Precedents that Influences Law Revision

(1) Influence Given to Improper E-discovery and the Lawsuit
—Coleman Holding, Inc., v. Morgan Stanley Co., 2005
Extra LEXIS 94 (Fla. Cir. Ct. Ma. 23, 2005).

論

(2) Problem of Cost of E-discovery and Insincere Correspondence

—Zubulake v. UBS Warburg LLC, 217 F.R.D. 309 (S.D.
N.Y. 2003).

説

Chapter3 : Protective Order in E-discovery

1. Alcon Manufacturing, Ltd. v. Apotex, Inc., 2008 U.S. Dist.
LEXIS 96630 (S.D. Ind. 2008).

2. Capital Records Inc., v. Noor Alaujan, 2009 WL 1292977 (D.
Mass. 2009).

Chapter4 : Conclusion

一
六
二