

Eデイスカバリーにおける費用分担の問題

——Zubulake I、II、III判決を中心に——

竹部 晴美

〔目次〕

はじめに

第一章 Zubulake 事件の本案と証拠開示について

(1) 本案事件事実

(2) 争点

(3) 判示

第二章 Zubulake 判決前のデイスカバリーにおける費用分担について

(1) McPeck 対 Ashcroft 事件で示された「限界効用テスト」(Marginal Utility Test)

(2) Rowe テスト (Rowe Entertainment, Inc. 対 William Morris Agency, Inc. 事件の事実と¹⁾での決定概要)

(3) 連邦民事訴訟規則二六(b)(2)の均整 (Proportionality) テスト

第三章 Zubulake I および III で述べられた七要因テスト

Eデイスカバリーにおける費用分担の問題

五三

- (1) Zubulake Iで述べられた七要因テスト
- (2) Zubulake IIIで示された具体的費用分担
おわりに

はじめに

本稿は、電子情報の開示（これを、Eディスカバリーとする。）における費用分担の問題を論じるものである。従来、ディスカバリーにおける相手方の情報入手については、情報を開示する側（応答当事者）が負担するものとされてきた。しかし今日のビジネス社会では、書面よりも電子情報を保存し、保管したデータや文書の開示を求めることが通例となっており、この電子情報の開示には、相当の費用を要することが知られるようになった。これらの費用は、特にバックアップからの情報取り出しや、ハードディスクに蓄えられたデータの複製（ミラーイメージ）の入手、さらには廃棄されたデータの復元などの費用も含む。

これらを応答当事者あるいは要求当事者のいずれが負担すべきであろうか。裁判所は、どのように費用転嫁の適切な価格を決定すべきだろうか。一九九〇年代半ばからの費用のかかる電子ディスカバリーの急増は、地方裁判所判事や治安判事に対してこの問題に対する一定の基準の作成を余儀なくした。まず、彼らは要求当事者に費用の一部を割り当てるために、次々に連邦民事訴訟規則二六(c)の下で決定権を行使し始めた。⁽¹⁾ 下級裁判所では、問題を分析するためのいくつかの「分析枠組み」を提案している。これらのアプローチは、大きく四つのカテゴリーに分類することができる。すなわち (1) McPeck 対 Ashcroft 事件⁽²⁾で公表された「限界効用テスト」、(2)

Rowe Entm't, Inc. 対 William Morris Agency, Inc. 事件⁽³⁾の「Rowe テスト」⁽³⁾ 本稿で紹介する「Zubulake テスト」⁽⁴⁾、そして (4) 二〇〇六年電子ディスカバリーの改正条項が加わった連邦民事訴訟規則、および連邦民事訴訟規則二六(b)(2)に対する諮問委員会記録で概説された七つの要因の費用転嫁に対する適用である。

今回、この点についての重要判決として、Zubulake I、II、III判決を中心にEディスカバリーにおける開示費用の転嫁の問題について分析する。そのため、第一章では、Zubulake 事件の本案と証拠開示の問題について、第二章では、Zubulake 判決前のディスカバリーにおける費用分担について、第三章では、Zubulake I および III で述べられた七要因テストについて分析し、⁽⁵⁾ むすびとする。ただし、本稿での考察の範囲は、訴訟当事者間の費用転嫁に限定する。

- (1) Bell Atlantic Corp. v. Twombly, 550 U.S. 544 (2007).
- (2) McPeck v. Ashcroft, 202 F.R.D. 31 (D.D.C.: 2001).
- (3) Rowe Entm't, Inc. v. William Morris Agency, Inc., 205 F.R.D. 421 (S.D.N.Y. 2002).
- (4) Zubulake v. UBS Warburg LLC, 217 F.R.D. 309 (S.D.N.Y. 2003).
- (5) とくに Zubulake I については、竹部晴美「Eディスカバリー」『別冊ジュリストアメリカ法判例百選』(有斐閣 二〇一二年) 一四〇—四一頁参照。

第一章 Zubulake 事件の本案と証拠開示について

(1) 本案事件事実

UBSと年間約六五万ドルで契約した株式トレーダーの Zubulake は、UBS が男女差別をおこなない、彼女を昇進させなかったこと、そして彼女の一連のクレーム申立てに対して報復があったことを理由として UBS を提訴した。本案事件のディスカバリー (discovery、証拠開示) が始まり、Zubulake は UBS に対して、自己に関する「電子的またはコンピュータ化されたデータ」を含む「UBS の従業員間の、または従業員による、原告に関するすべての通信文書」の開示を要求した。とくに、Zubulake は自己の主張を裏付けるために、UBS 社のバックアップテープ上に保管されている証拠の提出を求め、五人の UBS 社員と彼女との間でやり取りされた電子メールの提出を求めた。その五人とは、Matthew Chapin (Zubulake の直属の上司で、主に差別をした人物であると主張されている)、Jeremy Hardisty (Chapin の上司)、Zubulake がともども Chapin のについての不満を言った人物)、Rose Tong (Zubulake に関する問題を処理するために配属されていた人間関係担当者)、Vinay Datta (同僚)、そして Andrew Clarke (別の同僚) である。このバックアップ上に保管された証拠は、データ検索を介してのみアクセス可能なもので、その検索には莫大な費用と時間がかかるものであった。そのため UBS は電子メールを含む約三五〇頁分の文書を提出したが、Zubulake は UBS には未提出の電子メールがあることを知っていた。というのも、原告自身が約四五〇頁分の電子メールを提出していたからである。そのため UBS によって他にも多くの電子メールが削除されていたことが判明した。そこで Zubulake は、UBS のバックアップテー

プの検索を求めたが、UBSは、これらの電子メールを復元するには、弁護士費用を除いても、約一七万五〇〇〇ドルを要すると主張し、自ら検索を行わず、むしろUBSは、Zubutakeにその費用負担を求めた。

この争点について、ニューヨーク州南部地区合衆国地方裁判所は、削除された電子メールがバックアップテープに含まれていたかどうかを決定するため、UBSの電子メールの破棄規定に詳しい担当会社のChristopher Behnyにデポジション (deposition、宣誓供述書) を行うことを求めた。Behnyは、①電子メールは、バックアップテープ上と光ディスク上に二つの異なる方法で保存されており、UBSの従業員によって送受信したすべての電子メールはバックアップテープに自動的に格納されていたこと、②UBSは関連する期間中に同じ方法で電子メールを、二〇日間、一年間、三年間と分けて保存し、該当期間の経過後にテープはリサイクルされており、それぞれのバックアップテープの復元に約五日間を要するとし、③Zubutakeの要求に応じる電子メールファイルは合計九四本のバックアップテープに含まれている、と供述した。

UBSは、一九九八年半ばから光ディスクを利用しており、Zubutakeの雇用期間中の社内電子メールを除く、登録取引業者との送受信メールが保存されていた。Zubutakeの要求に対し、UBSは最初の電子メールの提出には同意したが、その他のバックアップテープ内の電子メールまでを提出する意図はなかったとした。

したがって、ディスクバリー要求で提示された問題は、どちらの当事者が、これらのバックアップテープを復元し、また提出する際に生じた費用の支払をすべきかであった。データ復元のための費用転嫁分析をサポートする基準を得るために、まず裁判所は、UBSに九四本のバックアップテープのうちの五本から電子メールを復元して提出することを命令した。⁽⁶⁾ 裁判所はさらに「その検索結果だけでなく、費やした時間と費用の結果について

も詳述した宣誓供述書を準備する」ことをUBSに命じた。⁽⁷⁾

UBSは、データ復元をおこなうために、外部ベンダーであるPinkerton Consulting & Investigationsを雇用し、Pinkertonは、それぞれのバックアップテープの復元を実現し、合計八、三四四通の電子メールを引き出した。しかしながら、その数は幾分か重複分も含まれていた。⁽⁸⁾次にPinkertonは、電子メールのテキストまたはそのヘッダー情報のいずれか一方に、例えば「件名」などにおいて“Laura”や“Zubulake”または“LZ”という用語が含まれている電子メールの検索を実行した。その結果、一、五四一通の電子メールが得られた。最終的に、重複を排除すると一、〇七五通になった。そのうちUBSは約六〇〇通のメールがZubulakeの文書提出要求に応えるものと判断し、提出した。

Pinkertonは、その復元サービスのために時給二四五ドルで三一・五時間分、検索スクリプトの開発、改良そして実行のために時給二四五ドルで六時間分、そして一時間当たり一八・五〇ドルの料金でPinkertonのコンピュータシステムの使用について「CPUのベンチ利用」(CPU bench utilization)として一〇・五時間分をUBSに請求した。Pinkertonはまた、四五九・三八ドルの五%を「管理間接費」として含めた。したがって復元と検索に要した総コストは二万一、五二四・六三ドルであった。

それに加えて、UBSは以下の費用を負担した。文書の再調査のための弁護士費用に四、六三三ドル(時間当たり四一〇ドルで、一一・三時間)、文書作成に関する作業についてのパラリーガル費用に二、八四五・八ドル(時間当たり一七〇ドルで一六・七四時間)である。UBSはまた、コピー費用に四三二・六〇ドルを支払った。五本のバックアップテープからの復元と提出の合計費用は一万九、〇〇三・四三ドルだった。UBSは、追加的

な提出用の五本のテープを復元し、それらのテープからの応答文書を提出する際に発生するコストが約二七万三、六四九・三九ドルになると推定されるとし、その費用を Zubulake に転嫁させることを求めた。結局、総額は、テープを復元し、検索するための一六万五、九五四・六七ドルと、弁護士及びパラリーガルの再調査費用の一〇万七、六九四・七二ドルを含むものとなった。

(2) 争点

したがって、本件では、まず①UBSの電子データのディスカバリーは許可されるべきか、②UBSの電子メールの破棄規定と関連するデータ復元費用について原告への費用転嫁を考慮すべきか、が争点となった。

(3) 判示

ニューヨーク州南部地区合衆国地方裁判所の Shira Scheindlin 裁判官は、まず①の争点について、連邦民事訴訟法規則三四条に基づいて、当事者は、書かれたもの、描かれたもの、グラフ、チャート、写真またはデータを編集したその他のものを含む様々な種類の資料のディスカバリーを要求することができるとし、紙ベースの記録よりも電子資料が増加しているため、電子データの編集物にも同規則三四条が適用されるべきだとした。

その上で裁判所は、本件において Zubulake には、要求したEディスカバリーをする権利があり、電子メールがUBSの従業員間のコミュニケーションの実質的な手段であったのであるから、間違いなく本件に関連性があると言えるとした。しかしUBSはすでに一〇〇頁分の電子メールを提出しているため、Zubulake にはさらな

Eディスカバリーにおける費用分担の問題

五九

るディスカバリーを行う権利がないと主張した。これに対し同裁判所は、まず、UBSがバックアップテープを復元せず、電子メールのすべてを閲覧していなかったこと、およびZubulake自身がUBSによって提出されなかった電子メールを含む関連する電子メールを提出したということから、UBSの主張を斥けた。

つぎに争点②について、UBSは同裁判所に、電子データの検索にかかる「過度の負担や費用から自分たちを保護する」ために提出費用をZubulakeに転嫁することを求めた。これまで裁判所は、Rowe事件で示された「八要因テスト」や連邦民事訴訟規則二六条(b)(2)の「均整テスト」を参照し、費用転嫁分析に利用してきた。合衆国最高裁がとくに、電子データへのディスカバリーについて応答当事者がディスカバリー要求に応じる費用を負担しなければならぬと推定する⁽⁹⁾としており、同裁判所もこれに従うとした。他方で、同裁判所は、費用転嫁を頻繁に行うと、差別関連訴訟等ではディスカバリーの効果を鈍らせる可能性があるとし、費用転嫁は、Eディスカバリーが応答当事者に対し「過度の負担や費用」を課した場合にのみ考慮されるべきであるとした。

本件で裁判所はUBSは電子メールのファイルを、①使用中のユーザーの電子メールのファイル、②光ディスク、および③バックアップデータ保存テープに保持しており、①と②に関しては電子メールへのアクセスが容易であり、費用転嫁を考慮するのに適切ではないと判断し、安価かつ迅速にZubulakeの要求に応じるために、提出にかかる費用をUBSが負担する必要があるとした。しかし、③のバックアップテープに格納されている電子メールは、全く別の問題であり、応答する電子メールについてテープを検索するためには、UBSに費用と時間の負担がかかるため、この点につき原告に費用転嫁を考慮することは適切であるとした。

費用転嫁については、Rowe決定がなされて以来、Roweの「八要因テスト」がEディスカバリーの費用問題

を解決するための黄金律となっていた。しかし、同裁判所は、応答当事者が費用負担するという推定を維持するために、費用転嫁に関する分析が中立的でなければならぬとし、この点について Rowe の「八要因テスト」に修正を加えた上で、適切な費用転嫁分析として新たな指針を設定した。それが、Zudulake 「新七要因テスト」である。それは、費用転嫁について以下の七つの点を考慮することを求めている。

- ①（ディスカバリー）要求で具体的な関連情報を発見するための範囲、
 - ②他の情報源からのそのような情報の入手可能性、
 - ③係争額と比較した提出に要する総費用、
 - ④各当事者に利用可能な情報源と比較した提出に要する総費用、
 - ⑤管理費用とそれを行う動機についての各当事者の相対的な能力、
 - ⑥訴訟上の争点の重要性、そして
 - ⑦情報を得る当事者の相対的な利益、
- である。

この七つの要因テストのうち、①と②は最低限の有用性テストを包含し、③から⑥までは費用面について規定し、⑦は要求した当事者に利益をもたらすので最も重要な要因である、と同裁判所は述べた。¹⁰⁾

同裁判所は、結論として、電子データへのディスカバリーの範囲と費用に関するあらゆる紛争を決定するには、

E ディスカバリーにおける費用分担の問題

次の三つの段階の分析が必要であるとした。第一に、使用中および保存されたデータに関しては、ディスクバリーに関する通常の規則が適用されるため応答当事者が応答するデータを提出するための費用を負担する必要がある。しかし、バックアップテープのように、電子データが相対的にアクセスできない場合にのみ、費用転嫁を考慮すべきである。第二に、費用転嫁分析はかなり事実関係を考慮するものであるため、アクセス不可能な電子媒体にどのようなデータを見つけることができるのかを決定する必要があるとし、その際に、要求されたバックアップテープからサンプルとなる応答文書を復元し、提出することを応答当事者に要求することは賢明な提案であるとした。最後に、費用転嫁分析を行うには、上記の「新七要因テスト」を考慮すべきである、とした。

以上から、本件ではUBSは自らの費用で、光ディスクと使用中のサーバー上に存在する全ての応答の電子メールを提出すること、さらに、Zubulake によって選択された五本のバックアップテープから応答の電子メールを提出することも命じられた。さらに同裁判所は、UBSはバックアップテープの中の電子メールの検索と同様に、費やした時間と費用の結果を詳述したデポジションを準備する必要があるとし、バックアップテープの内容を検討し、UBSの認証を得た後に裁判所は追って適切な費用転嫁分析を行うとした。

(6) しかしながら、UBSは現在、既に復元した五本のテープを含む、応答データが入っているものだけで、七七本のバックアップテープがあることを報告している。

(7) 宣誓供述書によると、Zubulake は二〇〇一年の五月、六月、七月、八月、九月に存在した Matthew Chapin の電子メールに対応したバックアップテープを選択した。その期間は、Zubulake が最初に EEOC に差別的告訴をした時(二〇〇一年八月)から、ちょうど彼女の解雇の前まで(二〇〇一年一〇月の最初の週)の期間が含まれている。

- (8) それぞれの月のバックアップテープは、その月における Chapin のサーバーのスナップショットであったので、一ヶ月以上の間サーバーにあった電子メールは、一つ以上のバックアップテープ上に現れる。例えば、二〇〇一年一月に受け取り、二〇〇一年一月に削除された電子メールは五本のバックアップテープすべてから復元される可能性があった。重複を排除した状態で、復元された唯一の電子メールの総数は六、二〇三通であった。
- (9) *Oppenheimer Fund v. Sanders*, 437 U.S. 340 (U.S. 1978).
- (10) See *Zubulake*, *supra* note 4.

第二章 Zubulake 判決前のデイスカバリーにおける費用分担について

(1) McPeck 対 Ashcroft 事件で示された「限界効用テスト」(Marginal Utility Test) McPeck 対 Ashcroft 事件で、司法省 (Department of Justice) の従業員である Steven McPeck は、司法省が彼との以前のセクシャルハラスメントに関する和解内容の秘匿を守れなかっただけでなく、そのことにクレームをつけたことに対し報復したと主張した。彼は、テープ上に保存されているデータについて、そのバックアップテープを司法省に検索させる請求を起こした。

McPeck は、彼の上司がコンピュータを文書作成や電子メールのために使用していたことは立証したものの、特に関連性があり、また復元できそうな削除された電子メールが存在するという証拠を提示できていなかった。John Facciola 治安裁判官は、すべてのバックアップテープを復元することは必要であるが、被告が復元に対して必要な費用を支払うべきであるとの *In re Brand Name Prescription Drugs* 事件⁽¹¹⁾からの推定を却下し、「限界効用」

E デイスカバリーにおける費用分担の問題

六三

の経済理論からの類推によって、より公平なアプローチを取り入れた。つまりバックアップテープが要求や抗弁に関連する情報を含むのであればあるほど、政府機関が自らの費用で検索することはより公平であるとするものである。Faciola 裁判官は、限界効用のアプローチは被告に「不当な負担」を負わせることを防ぐために用いられるべきであると述べた。しかしながら、司法省にバックアップテープを一年間分復元すること、およびさらに検索が必要であるかどうかの決定に役立てるためにその復元費用について詳述することを命じていた。その後、他の裁判所も McPeck のこの限界効用分析のアプローチに追随した。⁽¹²⁾

しかしながら、Faciola 裁判官の決定は、限界効用テストの利点と欠点を示している。つまり、このテストでは当事者の情報資源について考慮しておらず、また、関連するデータを明らかにする可能性があるかどうかの問題に経済学の考慮を従属させているとの批判があった。⁽¹³⁾ つまり、裁判所は、例えばディスクバリーの費用は潜在的な損害と原告の要求の特異性を比べて分析するなど、広範なディスクバリーを削減するための方法として限界効用テストを適用するとしている。しかし、これは当事者の情報資源と経済的費用を考慮しないことから、それが具体化しようとする限界効用の経済概念とは異なる。このテストではわずかの価値しかないディスクバリーを阻むものには有効ではあっても、その効果的な費用転嫁テストであるとは言えない。限界効用理論は、買い手と売り手が効果の到達点で価格に達することを予測しており、各当事者は、お金や製品によってより多くの効用を得ていると主観的に信じているからである。しかしながら、ディスクバリーは限界効用が前提とするような自発的な取引ではなく、被告は、通常、価値を受けることがない。そうすると限界効用理論の前提と矛盾しており、それゆえ一方の当事者の費用負担によって、全体として客観的なユーティリティを取得するかどうかという問題

が生じる。このように、限界効用テストは、ディスクバリーデータを提出する際に、特定の当事者のコストを制御する機能や応答者への相対的利益に焦点を当てていない。⁽¹⁴⁾

こうした限界効用テストの「限界」は、Rowe 事件で James Francis 治安裁判官が、そして Zubulake 事件で Shira Scheindlin 裁判官が、限界効用について言及した際に、つまり重要な情報をディスクバリーする際に、これらのテストに関連する要因について付加的な要因を考え、それを補う必要があった。

(2) Rowe テスト (Rowe Entertainment, Inc. 対 William Morris Agency, Inc. 事件の事実と争点)での決定概要)
費用転嫁に対する「限界効用テスト」は、Rowe Entertainment, Inc. 対 William Morris Agency, Inc. 事件において変更された。Rowe 事件の事実と裁判所の判断は以下の通りである。

原告はアフリカ系アメリカ人のコンサート興行主のグループであるが、被告の予約代理店や興行主が差別と競争的な仕方、白人のバンドとのイベントを進めるために市場から原告らを締め出したと主張した。原告の最初の文書提出要求において、原告は三五通の文書の提出を求めた。要求された文書はコンサートの興行主の選択やコンサートを進めるための入札に関するコミュニケーションについての全ての文書及び市場シェアや市場の状態に関する全ての文書を含んでいた。四人の被告は、電子メールに関して保護命令を求め、応答に応じて電子メールを提出する負担と費用が、はるかに予想される利益を上回っていると主張した。四人の被告各々は、異なる事業に従事していたので、その電子メールの保存と復元と提出の方法に関しては、推定コストが数十万ドルから数百万ドルになると主張した。そこで被告は、原告の要求を拒否するか、費用を負担する命令を出すよう裁判所に

E ディスカバリーにおける費用分担の問題

六五

求めた。裁判所は当初、費用割り当てのための明確なラインを引くことの問題点を指摘し、その代わりに、バランステストを適用した。裁判所は、いくつかの要因を分析した上で、一つだけ除いて、全てについて原告らが費用を支払うべきであるという被告の立場を支持すると結論づけた。原告に負担させない唯一の考慮事項は、電子メールが他の情報源からは入手できなかったということだった。他方では、費用を転嫁することに賛成する要因としては以下を示した。つまり、

- ① 提出の費用を増加させるような要求の誇大性（広範性）、
 - ② 関連する情報を復元するための穏当な見込み、
 - ③ バックアップテープから情報にアクセスするための事業目的の欠如、
 - ④ テープを復元する際の被告の利益の欠如、
 - ⑤ テープを復元する実質的な費用、および
 - ⑥ 初期サンプリングで得た情報を基にした、追加的なディスクバリーを制限する原告の能力、
- である。

これらの要素のすべてを考慮して、裁判所は被告の申立てを認め、原告が電子メールのディスクバリーを得るための費用を支払うことを命じた。

(3) 連邦民事訴訟規則二六(b)(2)の均整 (Proportionality) テスト

① 一九八三年から二〇〇〇年の改正連邦民事訴訟規則

一九八三年に、批評家が「リベラルなディスカバリーの自由で容易な日々からの抜本的な出発」として象徴的に特徴づけた文言がルール二六(b)(2)¹⁵(C)に加えられた。付加えられた文言は、「均整テスト」として知られており、もしディスカバリーが「不当に負担をかけた高額」である場合を含め、特定の条件が存在するならば、ディスカバリーは「限定されるべきである」ということを方向づけるものであった。この制限は、例えば、当事者に強要するための手段としてディスカバリーを用いる、などのディスカバリーの重大な濫用を妨げることを意図した。

一九九三年と二〇〇〇年には、施行手続規則委員会は、ディスカバリーを支配する手続的規則に対する同様の動機を持つ改正を追加した。これらの改正は、ディスカバリー計画を明らかにするための当事者間の強制的協議とディスカバリー可能なものを以下の二つの分類に分けることを盛り込んだ。一つは、それが当事者の請求または抗弁に関連性を有しているならば、制限されずにディスカバリー可能であるということ。そしてもう一つは、「訴訟に含まれる主要な問題点」への関連性について「正当事由」を示すことのみディスカバリー可能であるということである。

② 二〇〇六年連邦民事訴訟規則の改正

二〇〇六年一月二日に、連邦民事訴訟規則のいくつかの改正は、合衆国最高裁判所および議会によって承認された後に施行された。二〇〇六年の規則改正の背後にある主な要因の一つは、電子的証拠のディスカバリーに

E ディスカバリーにおける費用分担の問題

六七

直接対処するための規則の必要性であった。規則の中で改正されたのは規則二六(b)(2)だった。諮問委員会の記録によれば、「規則二六(b)(2)の改正は、電子的に保存された情報のディスクバリーについて情報場所の特定、検索そして提供の難しさによって提起された問題に対処するために設計された」ものであった。それゆえ、規則二六(b)の最も注目すべき改正は、規則二六(b)(2)(B)の追加であった。規則二六(b)(2)(B)は、アクセス可能でない情報のディスクバリーを調整するように設計されている。新しい規則では、当事者は、過度の負担や費用のために合理的にアクセスできないと確認する情報源から電子的に保存された情報のディスクバリーを強要する申立てをする際に、当該情報が過度の負担や費用のために合理的にアクセスできないことを示さなければならない。それが示されたならば、要求当事者が規則二六条(b)(2)(C)の制限を考慮して、正当事由を示しているときは、裁判所はそのような情報源からのディスクバリーを命ずることができる。裁判所は、ディスクバリーに必要な条件を指定することもできる。この新しい規則はいくつかの裁判所で用いられる費用転嫁テストから独立しているが、諮問委員会が新たな改正案を起草する際に *Zubulake* のような事件で直面する困難性があった。

当事者らは、規則の二〇〇六年改正前でさえ電子的証拠をディスクバリーすることができると考えていた。しかしながら、二〇〇六年改正は、過度の負担や費用のために合理的にアクセスできないデータの新しい分類を作り出した。改正規則は、ディスクバリーを強要するための申立てに基づいて、ディスクバリーに抵抗する情報の保持者は、要求されたディスクバリーが「合理的にアクセス可能でない」ことを証明しなければならないと規定した。もし要求されたディスクバリーが「合理的にアクセス可能でない」という基準に合致しているならば、要求当事者は、電子的証拠を提出することに抵抗している当事者に提出を強要するために「規則二六条(b)(2)(C)の制

限を考慮し」、裁判所に対して、改めて正当事由を示さなければならぬ。裁判所もまた、費用転嫁を含む条件をEディスカバリーに課すことができる。新しい規則における当該規則二六条(b)(2)(C)の制限は、一九八三年改正がすべてのディスカバリー要求に課すのと同じ均整テストである。したがって、二〇〇六年改正の目的が「すでに利用可能なものを越えて、ディスカバリーの費用と負担に対する追加的な保護を」規定することならば、正当事由の基準の追加は、「無意味と思えるくらい曖昧なもの」である、と批評家たちは考えてきた。⁽¹⁶⁾ 電子的証拠のディスカバリーに新たな実質的な制約を追加していないにもかかわらず、二〇〇六年の改正は、Eディスカバリーに抵抗する当事者に二つの重要な利点を提供した。まず第一に、二〇〇六年の改正は、いくつかの電子的証拠は規則において「合理的にアクセスできない」という考えを埋め込んだ。もっとも、電子的証拠がアクセスできないように思われた技術水準自体は急速に変化している。第二に、二〇〇六年の改正は、当事者がディスカバリーを強要するために正当事由を示した後でさえ、裁判所が電子的証拠のディスカバリーに費用転嫁を含む条件を課すことができる⁽¹⁷⁾と示唆している。このように「合理的にアクセス可能でない」という文言を導入することで、二〇〇六年の改正は裁判所が自由なディスカバリーの伝統的な原則を再考することを誘因している。⁽¹⁷⁾

連邦民事訴訟規則二六条(b)(2)で確立された「均整テスト」は、電子記録のディスカバリーの範囲を検討する際に裁判所に公平な結果へ到達させる必要があるということがすべてである、とされている。そのような事件の一つはThompson事件(Thompson v. United States Dept. of Hous. & Urban Dev., 219 F.R.D. 93 (D. Md. 2003))である。この事件では、裁判所は規則二六(b)(2)の均衡的要因がすべての裁判所が電子情報のディスカバリーに関する公平な結果に到達するために必要であると説明した。裁判所は均整の基準は、四つの要因からなっていると判

断した、つまり

- ① 求められるディスカバリーが不当に重複しているかどうか、
- ② 求められる情報が他のものから、より簡単に、より少ない負担または安価な情報源から得られるかどうか。
- ③ 情報を求める当事者がすでに情報を入力するための十分な機会を得ているかどうか、および
- ④ 提案されたディスカバリーの負担や費用が、その利益を上回る可能性があるかどうか（これは、事件の必要性、論争の価値、当事者の情報源、訴訟に絡む問題の重要性、そしてディスカバリー要求の重要性、問題解決の重要性を考慮する。）

同裁判所は、これらの要因を評価することを指摘した。つまり、ディスカバリー要求に直面して不満をいう当事者は、要求されたディスカバリーが不当な負担や高額であるという主張を支持するために「事実の特殊事情」を提示するように義務付けられる。残念ながら、「Thompson 事件」では、裁判所はテストの個々の要因を分析する論点に達しなかった。なぜなら被告が不公平な負担や費用の課題を支持する証拠となる事実を示すために詳しく述べることができなかったからである。しかしながら、このことは、「Thompson 事件」で認められたように、規則二六(b)(2)（現在の規則二六(b)(2)(C)）の下で、連邦民事訴訟規則が費用転嫁の申し立てを解決するための「均整テスト」を採用したという事実を阻むことではない。同様に、二〇〇六年二月一日の後、「Thompson 事件」で用いられ、「均整テスト」として知られている規則二六(b)(2)は、規則二六条(b)(2)(C)になった。⁽¹⁸⁾

(11) *In re Brand Name Prescription Drugs Antitrust Litig.*, 288 F. 3d 1028 (7th Cir. Ill. 2002).

(12) *Vlad Vainberg, When Should Discovery Come with a Bill? Assessing Cost Shifting for Electronic Discovery*, 158 U. Pa. L.

REV. 1523, 1538. 例えは、*Byers* 対 Illinois State Police 事件 (*Byers v. Ill. State Police*, 2002 U.S. Dist. LEXIS 9861 (N.D. Ill. May 31, 2002).) では、雇用差別を主張する原告は、二万ドルから三万ドルの間の費用で、被告の古い電子メールプログラムの使用許可と再プログラムを実施することによってのみ復元できる電子メールを要求した。原告は、バックアップテープは、その請求を立証するために、特定の人種差別主義者の電子メールを含むと主張した。しかし誰一人として立証された電子メールの存在については証言しなかった。裁判所は、要求の大きな負担と比較して、関連する電子メールを発見する可能性を立証するための原告の不可能性に関する調査に集中し、その結果、原告にすべての復元費用を転嫁した。これらの事件は、*In re Brand Name* 事件 (*See, supra* 11.) のような、費用転嫁を妨げられた初期の判決にあった「自由なデイスカバリーの原則」を薄める複雑な分析をした *McPeck* 事件 (*See, supra* 2.) の経済学を基にした見解を具体化した。しかしながら、これらの要因に基づいたテストは、極めて重要な事実を見過している。つまりこれらの方法は訴訟での非効率性にもかかわらず、事業上の利点を提供しているため保護者は特定のデータ保存と検索および検索方法を選択した。したがって保護者は、これらの非効率的な検索メカニズムを利用し、関連する訴訟費用を任意で受け入れた。

(13) *Id.* at 1539.

(14) *Id.* at 1540.

(15) Fed. R. Civ. P. 26(b) (2) (C).

When Required. On motion or on its own, the court must limit the frequency or extent of discovery otherwise allowed by these rules or by local rule if it determines that:

- (i) the discovery sought is unreasonably cumulative or duplicative, or can be obtained from some other source that is more convenient, less burdensome, or less expensive;
- (ii) the party seeking discovery has had ample opportunity to obtain the information by discovery in the action; or
- (iii) the burden or expense of the proposed discovery outweighs its likely benefit, considering the needs of the case, the

デイスカバリーにおける費用分担の問題

amount in controversy, the parties, resources, the importance of the issues at stake in the action, and the importance of the discovery in resolving the issues.

(16) Patricia Groot, *Electronically Stored Information: Balancing Free Discovery with Limits on Abuse*, 2009 Duke L. & Tech. Rev. 2, 13.

(17) *Id.* at 15, 25. 裁判所はディスカバリーの範囲を決定するために様々なアプローチを適用している。たとえば、数式を基にした決定については、*Bilis v. Kennecott Corp.* 事件 (*Bilis v. Kennecott Corp.*, 108 F. R. D. 459 (1985).) があげられる。電子情報の費用配分を決定する際に裁判所が重点を置くことができる複数の要因リストを集めた裁判所の有益な初期の例である。

その意見は費用転嫁を否定する際に説得力のある四つの要因に言及した。

- ① 全体的な費用が莫大にならないこと、
 - ② 費用が被告に対するものより原告に対しての方がより多いこと、
 - ③ 費用が原告にとって相当な負担となること、そして
 - ④ ディスカバリー要求を行っている当事者が、提出されるデータから何らかの利益を得ること、である。
- Bill 事件において二つの追加的で説得力のある要因が熟慮されたが、その判決要旨からは除かれた。それは、
- ① 「コンピュータに格納されている情報は、コンピュータに格納されていない情報と同じように自由にディスカバリー可能であるべきであるので、ディスカバリーの要求当事者がそれに関して不利益を被るべきではない、そして
- ② 「要求当事者は通常、自らのコンピュータに格納されたデータを引き出すための最善かつ最も経済的な立場にある。」後者の二つの要因は費用転嫁を求める当事者に対する推定を示唆している。多くの裁判所が *Rowe* 事件、*Zubulake* 事件、そして *Wiginton* 事件によって定義された多要因テストに従ってきたが、いくつかの裁判所は、
このようなテストを拒否している。

(18) Robert E. Altman and Benjamin Lewis, *Electronic Discovery Issue: Note: Cost-Shifting in ESI Discovery Disputes: A Fine Factor Test to Promote Consistency and Set Party Expectations*, 36 N. Ky. L. REV. 569. しかしながら、規則二六(b)(2)に関する最も重要な変更点は、規則二六(b)(2)(C)に変更された際の諮問委員会での議論である。同委員会は「情報を検索し提出するために応答当事者の費用負担を必要とするかどうか」を決定するときに、裁判所は以下の要因を評価しすべきであると示唆した。

- ① デイスクバリ要求の特異性、
 - ② その他の、およびより簡単にアクセスできる情報源から入手できる情報の量、
 - ③ 関連する情報を提出することが、もはやより簡単なアクセス源では入手できない、
 - ④ 他から得られない情報を、より簡単なアクセス源から見つける可能性、
 - ⑤ 重要性と与らなる情報の有用性に関する予測、
 - ⑥ 訴訟において危機に瀕する問題の重要性、および
 - ⑦ 当事者の情報源、
- である。

第三章 Zubulake I および III で述べられた七要因テスト

(1) Zubulake I で述べられた七要因テスト

まず Zubulake I ⁽¹⁹⁾ で Shira Scheindin 裁判官は、上記の各々のテストを修正した。つまりデイスクバリ要求によってアクセス可能なデータを求める場合、たとえば、アクティブ・オンラインまたはニアライン・データなどについては、一般的に費用転嫁を検討することは不適當であると考えた。アクセス不可能なデータへのデイスカ

E デイスクバリにおける費用分担の問題

七三

バリーについて費用転嫁が適切かどうか決定するためには、「以下の命令に多かれ少なかれ重点をおき、以下の要因を考慮すべきである。」とした。

したがって、Zubulake I 事件で裁判所は、以下の要因を含むように Rowe 事件の方式を改訂した。

- ① (ディスカバリー) 要求で具体的な関連情報を発見するための範囲、
 - ② 他の情報源からのそのような情報の入手可能性、
 - ③ 係争額と比較した提出に要する総費用、
 - ④ 各当事者に利用可能な情報源と比較した提出に要する総費用、
 - ⑤ 管理費用とそれを行う動機についての各当事者の相対的な能力、
 - ⑥ 訴訟上の争点の重要性、そして
 - ⑦ 情報を得ることの当事者の相対的な利益、
- である。

Zubulake I の方式は、絶対的な条件ではないがむしろ当事者の情報源に関連して、提出費用を判断することによって、Rowe の費用転嫁推進傾向を正すものである。しかし、Zubulake I は、自由なディスカバリーという重要な伝統に十分に同意しなかった。つまり、*In re Brand Name and Bills* 事件⁽²⁰⁾で検討された、費用転嫁を広げることに難色を示すことを正当化した。実際に、Zubulake I の裁判所は、これらの原則を認められる Rowe

要因の一つを排除した。すなわち前の要因のうちの第四の要因であり、それは、応答当事者が情報を保持する目的を考慮するものである。応答当事者が一方で営業をしながらその間に、データを保存し管理するという事実は、応答当事者に復元関連費用をそのままにしておくという決定と高い関連性があると思われる。なぜなら復元費用は日々の営業においてシステムを用いることから生じる利益によってまかなわれるだろうからである。多数の事件は、Rowe または Zubulake I の方式を適用してきたが、変化する結果とともに時々要因の分類をわずかに変化させている。

Shira Scheindlin 裁判官は、費用転嫁テストを確立する際に、Rowe Entertainment, Inc. 対 William Morris Agency, Inc. 事件で明確に述べられたデイスカバリーの費用分担の要因のリスト (Rowe Test) を修正した。それは Rowe で明確になった要因に従えば、応答当事者に有利に働く傾向があり、要求当事者に頻繁に電子デイスカバリーの費用を転嫁する結果になる、という批判者たちの正当な懸念に応じるものである。つまり Zubulake I で明確に述べられた上記の七要因テストは、連邦民事訴訟規則二六(b)(2)の均整テストの適用を電子データとの関連でより単純化するために、そして従来の費用の推定割合を強化するために考案されたものであったということ⁽²¹⁾ができる。

(2) Zubulake III で示された具体的費用分担

裁判所が Zubulake I において説明したように、上記七要因のうち最初の二つの要因は共に McPeck 対 Ashcroft で示された「限界効用テスト」を含む。しかし、これら二つの要因は、費用転嫁分析ではより重点をおく必要が

E デイスカバリーにおける費用分担の問題

七五

ある。それは次の二点である。

(a) 要求が具体的に関連する情報を発見するように調整される範囲

本件で問題となっている文書の要求は、「原告に関するUBS社員間の、または社員による通信に関するすべての文書」の要求であり、そして、そのあとに、五人の従業員(Chapin, Hardisty, Tong, Datta と Clarke)による一九九九年八月から二〇〇一年二月までの期間に関係するEメールである。これは相対的に限定され、的が絞られた要求であり、復元のサンプルの結果として、事実はUBSが実際に提出した電子メールによって実証されている。

口頭弁論において、Zubulake は六八通の電子メール(彼女が受け取った六〇〇通のうち)を裁判所に提示し、それらは彼女の請求では、「この事件における問題との関連性が高い」とするものであった。したがって、彼女は、提出の費用をUBSが負担すべきであると主張した。実際に、これらの電子メールの再調査では、それらが関連性を有していることを明らかにした。これら六八通の電子メールは、七七本のバックアップテープの十分な代表制を示すものである。これらの多くの電子メールはZubulake の行動についての不満を述べているものであった。同僚のClarkeによつて(Zubulake は)、「デスクで、ひどく不快な男性に関する最悪セクションに従事していた」と述べられており、そして一連の歪曲や非難、及び背後から人を刺すような雰囲気をいつも作り出しているようであった。会社の上司のHardisty はZubulake のメールには、Chapin の行動についての苦情もあった。それに加えて、Zubulake は、宣誓供述書においてUBSの従業員が述べている証言といくつかの電子メールは

矛盾していると述べている。この点について六通の電子メールが Zubulake によって選り出された。確かに、電子メールは Chapin と Zubulake 間の敵対関係を明らかにし、UBS はこれを認めないわけではない。しかし、裁判所に提出した六八通の電子メールのどこにも、彼女のジェンダーに関連する Zubulake についての Chapin の嫌悪感を示す証拠はないとされた。

このことから、求めるデータを明確化して示すことなしに復元させる費用負担を一律に被告に負わせることの問題点が見えてくる。

(b) 他の情報源からそのような情報の入手可能性

限界効用テストがもたらす他の側面は、その他の情報源からの関連データの使用可能性についてである。いずれの当事者も、裁判所の命令に回答して提出された六〇〇通の電子メールの何通かが以前に提出されたことを知っていた。UBS は、「原告の主張に関連するか彼女の事件に関連した復元電子メールのほぼすべては、すでに提出された。」と主張する。UBS は復元された電子メールの大多数は、この問題で原告の申立て、または彼女の事件に全く関係しないとしていた。UBS は、以前にわずか一〇〇ページの電子メールを提出しただけであったが、今は選択した五本のバックアップテープから八五三ページ（六〇〇通の応答の電子メールを含む）を提出しているということである。UBS 自体は、連邦民事訴訟規則二六の要件に従って、電子メールのうちこれら八五三ページ分を提供することを義務付けられたと判断した。これらの数字から、バックアップテープ上にかなりの数の応答すべき電子メールが存在するという避けられない結論が導かれる。

二〇〇一年八月、Zubulake が最初に EEOC に告訴したとき、すべての UBS の従業員には、彼女の事件に関する文書を保存するように指示された。この指示を受けて、Chapin は Zubulake について別のファイルを保存した。しかしながら、初めの EEOC への告訴の後に送信され、そして特に Zubulake の報復という主張に関連する特定の電子メールは、まったく保存されていなかった。Chapin が特に事件に関連する電子メールを隠匿し、削除したことのいくつかの証拠があった。例えば、Chapin から訴外の Joy Kim に宛てた Zubulake への訴えをどのように提起するかを示した Eメールは保存されていなかった。そしてそれは、「UBS 依頼人弁護士秘匿特権だけ」との見出しが付いていた。この潜在的に有用な電子メールがこのように削除されていたが、しかし唯一 UBS のバックアップテープ上に存在していた。要するに、五本のバックアップテープから提出された数百通の電子メールは、以前に提出されておらず、唯一バックアップテープからのみ入手可能であった。これらの電子メールの内容のいくつかは他の情報源からも入手可能であるが、大多数のものはバックアップテープにしか発見できなかった。さらに、電子メールはそれを記述した人によって使用される固有の単語が含まれている。そのため、それは反対当事者の自白として提供されたとき、裁判で特に強力な形の証拠になる。文書提出の要求当事者が「当事者の要求または抗弁に関連する秘匿特権でないあらゆる情報を」得ることができることは公理のようなものである。

要因の①と②に関して、Zubulake に対する差別についての直接的証拠は、唯一バックアップテープからの復元を通してのみ入手された。その結果として、この追加のディスカバリーの有用性の効果はかなり高い可能性があった。差別についての直接的な証拠を得るための唯一の手段である特定の電子メールについての復元をしてい

る間、その証拠の存在はまだ憶測段階にとどまっていた。しかし、Zubutakeは有用性の効果が潜在的に高いことを実証した。そこで裁判所は、全般的にみて、UBSがZubutakeに対する費用転嫁を正当化する立証責任を負担するので、有用性の効果のテストは、費用転嫁に対しては少し反対側に傾くことになる。

なお上記の要因③、④と⑤について、裁判所は、「一連の要因の二番目は、費用の問題を扱っている、すなわち『この提出にはどのぐらい費用がかかるか?』そして『誰がその費用を対処することができるか?』である」とした。つまり、以下のような具体的な金額についての考慮をした。

(1) 提出にかかる総費用と論争との比較

UBSは五本のバックアップテープを復元するために一万一、五二四・六三ドルまたはテープ一本当たり二、三〇四・九三ドルを費やした。したがって、残っている七二本のテープを復元する総費用は一六万五、九五四・六七ドルと推定する。原告は、合理的な費用は、前の費用がどのように計算されるかに応じて、一五二七万一、三六一ドルと一万九、二二七・三六一ドルの間であると答えた。UBSは、費用が一二六万五、〇〇〇ドルに達する可能性がある」と回答した。明らかに、原告とUBSの間でかなりの差異がある。

(2) 管理費用に対する両当事者の相対能力と、それを行うためのインセンティブ

バックアップテープの復元は、外部のベンダーによって行われなければならない。ここでは、UBSがベンダーの選択を越えた完全な支配権を持っていた。それに加えて、これらのバックアップテープは比較的よく整理されていた、つまりUBSはどのような電子メールが各々テープに見つけることができるかを知っていたということになる。したがってZubutakeが彼女のディスカバリー要求の費用を削減するためにできることは他に何もなかった。

Eディスカバリーにおける費用分担の問題

七九

た。Zubulake はすでに目標とするディスクカバーリー要求を行っており、サンプルテープの復元は、彼女がその要求を縮小するために有効になっていない。

つぎに、六つ目の要因である、訴訟における重要な問題の重大さについて、職場での差別が問題となっているこの事件は、深刻な問題を展開しているが、それは珍しいものでない。差別の主張が一般的であり、差別が重要な問題でありながら、この訴訟は、特に新しい問題を提示していない。裁判所がこの差別事件で費用転嫁分析に重点をおくために十分に重要な問題点を検討していたならば、訴訟上の重要さと重大さという要因は事実上無意味である。したがって、この要因は中立的なものである。

そして最後に、七つ目の要因である情報を取得することについての当事者への相対的な利点について、Zubulake はこれらのバックアップテープの復元について、UBSに潜在的利益、特に、中間判決または事実審理で実益となるかもしれない証拠を入手する機会があると主張する。確かに、裁判所の命令がなければ、UBSは、独自の意思でこのようなデータのいずれも復元をおこなうことはしなかつただろう。従って、この要因に基づく限り被告への費用転嫁に賛成という評価になる。

以上のことから、要因の①から④まで原告への費用転嫁に対して多少肯定的である。要因⑤と⑥は中立であり、要因⑦は被告への費用転嫁に賛成である。しかしながらこれらの要因リストは集計し加算するだけではなく、あくまで目安にとどまる。なぜなら要因のいくつかは、費用転嫁に対してそれを削減することもある。特に継続的な提出は価値ある新しい情報を提出する可能性があるため、UBSがその費用の大半を払うべきであるが、いくつかの原告への費用転嫁はこの事件では適切である。UBSのバックアップテープ上でのみ使用可能である場合

には、明らかに関連性ある証拠である。しかし、Zubulake はそれらのバックアップテープ上に不可欠な証拠があるとは示すことができなかつたからである。

次の問題は、Zubulake に転嫁すべき費用はいくらになるのかである。正確な配分は上記で議論した七要因の数学的帰結というよりも、判断や公平性の問題であるとしてしまうのでは、筋が通らない。七要因テストでは、UBS が不当に大きな支払いをすることを要求するために、Zubulake に割り当てられる割合は、五〇%未満でなければならぬ。原告に費用負担がかかりすぎると請求する訴訟当事者（原告）の権利を失望させるからである。したがって、Zubulake への二五%の割り当ては、これらの目標を満たすことになる。

最後の問題は、この結果は提出についての全体のコストに適用すべきか、またはバックアップテープを復元する費用だけに適用すべきかである。⁽²²⁾ 一般的なルールとして、原告への費用転嫁が適切である場合は、復元および検索の費用のみが転嫁されるべきである。もちろん、復元はアクセス不能なものをアクセス可能にする行為である。その「特別な目的」または「特別のステップ」は費用転嫁の対象とすべきである。検索費用もまた転嫁されるべきである。なぜならそれらが復元手続きと密接に絡み合っているからである。しかしながら、アクセス可能な形式に変換された時には、応答当事者が電子データを検討し、提出する費用を負担すべきである。これは二つの理由から支持できる。第一に、応答当事者が文書の検討についての費用を支配するための排他的な能力を持っていることである。⁽²³⁾ 応答当事者は一方的に再検討の手順を決定する。電子データを再検討するときは、その再検討は、一連のターゲットとなったキーワード検索を実施するために、すべての文書から範囲を指定してもよい。確かに、文書を多用する訴訟を始める多くの当事者は、不注意に提出された秘匿特権文書を返還させるための合

意を当事者間に可能にする「クローバック」合意 (Clawback Agreements)⁽²⁴⁾と呼ばれる合意を取り結ぶ。ここで本件では当事者は残り七二本のテープに関してそのような合意に達したにもかかわらずそれをせず、それに関して弁護士・依頼人特権のためにこれらのテープを再検討する費用を逃れた。

第二に、復元されたデータの提出に関連するすべての費用を原告にもシフトすべきであるという主張は、費用転嫁分析の性質を誤解する。費用転嫁がアクセス不可能な(そうでなければ発見可能な)データにのみ適用すると考えられるならば、いったんデータがアクセス可能な形式で復元されたことや、検索された応答文書については、必ずしもそういう転嫁の結果を招来しないし、もはや費用転嫁に適応しない。それは常にアクセス可能であったが、UBSが独自の費用でデータを提出しなければならなかったであろうことに疑いはないからである。確かに、これはまさに、特定の電子メールがUBSの光ディスクシステムに保管されたことに関して Zubulake Iで裁判所が命じたことである。バックアップテープに保存された文書は、誰もキーやダイヤル錠を持っていない高機能の金庫に閉じ込めた紙の記録に例えることができる。これらの文書にアクセスするための費用は面倒なものかもしれない。そしていくつかの事件では、要求当事者がその金庫への侵入のコストを分割すべきとしていた。しかし、いったん金庫が開かれたら、その中で見つかったドキュメントの提出は応答当事者だけの責任となる。すなわち、失った、またはアクセス不可能な情報を再構築することを、次第に訴訟当事者に許可することができ、いったんアクセス可能な形式に復元されたならば、ディスクバリーの通常のルールが適用されるのである。以上の理由から、バックアップテープを復元するための費用はUBSと Zubulake の各々に対して、七五%と二五%に配分するとされた。その他のすべての費用は、UBSによって単独の費用負担とされた。

(19) See Zubulake, *supra* note 4.

(20) See *In re Brand Name*, *supra* note 11.

(21) Zubulake v. UBS Warburg LLC, 216 F.R.D. 280, 284 (S.D.N.Y. 2003).

(22) 必ずしも違いは理論的ではない。残りのバックアップテープを復元し、検索するための推定の費用は一六万五、九五四・六七ドルであり、これと同時に、それらを提出するための推定される費用は二七万三、六四九・三九ドルであり、一〇万七、六九四・七二ドルの違いがある。

(23) この事件では、UBSは、時給四一〇ドルの費用で秘匿特権の再検討を行うために最高クラスのニューヨークの法律事務所のシニアアシエイトを雇うと決めた。しかし、実はその仕事は一年目のアシエイトまたは契約弁護士によって、はるかに低いレートで行われた可能性があった。同様に時給一七〇ドルよりも低額のパラリーガルの援助を得た可能性もあった。

(24) クローバック合意について、連邦民事訴訟規則二六(b)(5)は、ディスカバリーの間、弁護士・依頼人間秘匿特権またはワークプロダクトの文書を不注意に提出した提出当事者が、受領当事者に秘匿特権請求について通知しうることと同意することを両当事者に許諾する手続きを規定している。通知後、受領側の弁護士は、特定された情報を、返却保管または破棄し、他者に渡ったコピーを取り返さなければならず、そして特権権請求が解決されるまで、当該秘匿ESIを使用または開示することはできない、というものである。

おわりに

このように、本判決以前は、ディスカバリー関する費用は応答当事者が全て費用を負担し、開示することが当

Eディスカバリーにおける費用分担の問題

八三

然とされていた。それは、ディスカバリーの本来の目的である訴訟当事者の公平さという点から、当然のことだと理由づけられていた。とくにEディスカバリーの問題が顕著になってからは、一連の判決により両当事者にとのように費用分担させるかについて裁判所は様々な要因を構成し、対応してきた。とりわけ、アクセス困難な情報の開示については、難しい判断を迫られてきた。しかし、本判決により、アクセス困難な情報については、開示するための費用を応答当事者にも要求当事者にも一部負担が認められた。しかし、両当事者共にアクセス困難な情報に関しては、両者でその費用を分担することになるので、ディスカバリーの目的達成にとつて是か非かは疑問が残るところである。

Zubulake 判決は、削除文書の復元のための費用転嫁の問題だけでなく、各企業に対して文書保存方法、期間、破棄方法についての対応を厳密にする必要性を問うているという点で非常に興味深い事例でもある。

企業が扱う電子情報の量はますます拡大しているのであり、いざEディスカバリーに巻き込まれてからでは遅く、日頃からの対応が必要であるし、コスト面の増大を防ぐためにも、Eディスカバリーへの対応を戦略的に考える必要性がある。

なお本稿では、費用転嫁の命令がディスカバリー違反に対する制裁として機能する意味での分析は行わなかった。この点については次回の課題とし、一連の Zubulake 判決のまとめとして、不利益推定説示の問題について考察する予定である。

以上

Issue of the Cost-Shifting in E-discovery: Centering around *Zubulake* Judgment I, II and III

Harumi TAKEBE

This article discusses the issue of cost shifting in the disclosure of electronic information (E-discovery). Formerly and conventionally, with respect to acquisition of copy of information from other party in discovery, the cost for that purpose has been assumed to be borne by the requesting party. However, in regard to the today's business practice, it becomes custom to communicate and store an electronic information and thus it is requested more in discovery to disclose the data and documents stored in the form of electronic information than written paper product retained in file cabinets. In addition to that, disclosure of electronic information in discovery is more requiring considerable costs to both parties. Especially, expensive costs include such as retrieving information from the backup, copying data (mirror image) stored in the hard stored disk, and even retrieving the discarded data.

The issues here are which party, a requesting party or a producing party, should bear the cost and, if either party is to be borne, then how the court should determine the appropriate price or percentage of the actual cost.

The sudden increase of the electronic discovery which charged higher prices in the middle of 1990's made this type of issues appeared in the presence of a district judge or a magistrate judge in lower courts. They have begun to exercise the power under Federal Rules of Civil Procedure 26 (c) in sequence to assign a part to costs to the requesting party. In other words, the district courts have imputed costs to the party whom discovery was demanded from and after Federal Rules of Civil Procedure 26 (c) enacted "an equity event" to provide an expectancy of the traditional discovery which each party of the suit pays one's own discovery costs with exception.

For that procedure, in the lower courts, they have developed several "analytical framework" for scrutinizing the initial issues. The approach of the

“analytical framework” shall be assorted into four major categories: (1) The “marginal utility test” that was established in the case of *McPeek vs. Ashcroft*; (2) the “Rowe test” in *Rowe Entm’t, Inc. vs. William Morris Agency, Inc.*; (3) the “Zubulake test” introduced in this article and (4) the following electronic discovery amendment of Federal Rules of Civil Procedure in 2006 and the application of the seven factors for the cost-shifting outlined in the Advisory Committee records for Federal Rules of Civil Procedure 26(b)(2).

Now, as the center of important decision in this regard, I would like to analyze the issues of cost-shifting in E-discovery by focusing upon the court decisions shown in the judgments of *Zubulake v. UPS*, I, II and III. Accordingly, in the first chapter, I discuss the issue of E-discovery and describes factual background of the *Zubulake* case, in the second chapter, examine the cost sharing in discovery before *Zubulake* ruling, in the third chapter, analyze the “Seven Factors Test” in *Zubulake* I and III, and try to conclude. The scope of the analysis and discussion in this article is limited to the cost-shifting for litigation issue. The article has following structure:

Introduction

Chapter1: On the issue of discovery and introduction the *Zubulake* case

- (1) The facts of the judgment on the merits of a case
- (2) Issues
- (3) Decision

Chapter2: The analysis of cost sharing in discovery before *Zubulake* ruling

- (1) “Marginal Utility test” in *McPeek vs. Ashcroft*
- (2) “Rowe test” in *Rowe Entm’t, Inc. vs. William Morris Agency, Inc.*
- (3) “Proportionality test” in Federal Rules of Civil Procedure 26(b)(2)

Chapter3: Seven factors test in *Zubulake* I and III

- (1) Seven factors test in *Zubulake* I
- (2) Specific Cost-shifting indicated by *Zubulake* III

Conclusion