

論文題目：アメリカのディスカバリー制度について — Protective order（保護命令）を中心に—

関西学院大学大学院法学研究科博士課程後期課程 3 年

竹 部 晴 美

本稿は、アメリカ合衆国の民事訴訟手続における証拠開示の方法であるディスカバリー制度について検討するものである。特に、そのなかでも、保護命令(protective order)という裁判所の介入によって証拠開示の有無を決定する手続について、その機能、構造および問題点を中心に分析するものである。

アメリカ民事訴訟手続では、日本の手続方法とは異なり、まず、お互いの主張を書面にして提出し合い、事実上の及び法的な争点を明らかにするプリーディング(pleading)を交互におこなったあと、当事者が一連の文書の提出を行なうディスカバリーを経て、正式事実審理前に、裁判長を交えて当事者間で争点を限定し、事実審理の期日指定などを行うプリトライアル・カンファレンス(pretrial conference)、正式事実審理以前に法的争点の有無の決定を求めるサマリー・ジャッジメントまでの、いわば pretrial (正式事実審理前)の手続と正式事実審理の段階に分かれている。アメリカの民事訴訟では、和解の可能性の可否の判断も含め、この正式事実審理前の手続が、かなり重要な意味を有している。

本稿で考察するディスカバリー手続は、正式事実審理前の段階において、訴訟当事者が当該事件に関係する情報を互いに提出し合うという証拠開示の制度であり、その対象範囲の広範さが特徴の一つである。

原則として事件に関係するものは全開示としているディスカバリーにもその対象に制限があり、ディスカバリー段階で開示が拒否できる部分については連邦民事訴訟規則及び判例法において一定の枠が示されている。ディスカバリーの対象外となる一定の枠とは、弁護士 - 依頼人とのコミュニケーションのような守秘義務に関するもの、弁護士の訴訟準備についてのワーク・プロダクトおよび保護命令に基づく場合である。

本稿の中心をなすこの保護命令は、アメリカ合衆国連邦民事訴訟規則 26(c) で、ディスカバリーが「訴訟当事者あるいは人物を困惑させ、当惑させ、圧迫または不当な負担

を負わせたり、不当な出費から保護するため」であれば、正当事由(good cause) を裁判所に示すことで保護命令を求め、そのような不当と思われる開示請求から訴訟当事者を守ることができるとしている。この保護命令を通して、裁判所には、ディスカバリーの内容や方法をコントロールするための裁量権が与えられており、当事者主義を貫徹するアメリカの法制度なかでも特徴的なものである。

本稿では、まず第1章で、問題提起としてアメリカのディスカバリーを研究する意味、目的を述べ、また簡単ではあるが日本の民事訴訟手続における証拠開示制度についても触れた。次に、第2章ではディスカバリー制度の目的と非開示特権として「弁護士－依頼人特権」(attorney-client privilege) と「ワーク・プロダクト」(work product) について紹介し、それぞれの問題点が表れた判例を取り上げた。続いて第3章では、保護命令の意義と機能について述べ、その要件となる正当事由は何を指すのか、多くの判例を用いて一定の指針を表した。正当事由の意味や範囲については、アメリカでもまとめられておらず、判例の集積によって、検討を重ねるしかないというのが現状である。その点で、本章の検討は、重要である。さらに、第4章では、Mass Torts (大規模不法行為) 訴訟におけるディスカバリー手続について、焦点を当てた。第3章までは、訴訟当事者がある程度対等で、一対一の訴訟を念頭に置いてきたが、ここでは一方当事者があらゆる州に、何百、何千人とおり、相手方当事者が、会社や国を含むような場合は、どのようにディスカバリーがおこなわれているのかについて検討した。Mass Torts では、被害者の範囲の確定、多岐に渡る法的論点、複雑でまた立証が容易でない因果関係などの問題を避けて通ることが出来ず、さらに被害者の救済のあり方や実効性ある差止めの実施など、典型的な不法行為訴訟とは異なった法的アプローチを考えなくてはならないという点に特徴がある。Mass Torts 訴訟においても、当事者の資力や能力に著しい差異がある場合でも、証拠の開示が全面的に行われるとするならば、訴訟に対する不公平感(unfairness)を生ずることなく、多少なりとも民事訴訟における公平性(fairness)を貫徹できると思われる。筆者はそのような点に問題関心を持ち、Mass Torts における適正なディスカバリーのあり方についての解明を、アメリカの訴訟制度の観点から検討した。

最後に、第5章では、ディスカバリー手続のなかでも、近年特に問題となっている Eディスカバリーについて検討をおこなった。というのも、民事訴訟に関する手続を定めた連邦民事訴訟規則の一部が2006年12月1日に改正され、ディスカ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, ESI)に関する規定が整備され、ディスカバリーの対象範囲が格段に広範となった。この点、書類を目で見ても対象となる情報を見つけ出すという従来のディスカバリーに比べ、ESIの性質上、検索を機械で行うことで、ディスカバリーがしやすくなったという意見がある。一方で、その対象物を検索する際に、他の情報の取り扱い、つまり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についての対応も求め

られるところである。この点、E S Iのディスカバリーにおいて従来の「保護命令」はどのように機能しているのかということを念頭に検討をおこなった。

このような研究は日本にとっても意味があると思われる。なぜなら、日本企業にとって、アメリカ市場は重要な経済活動の場であり、多くの日本企業はアメリカと貿易を行ない、商取引を営んでいる。そのため日本企業がアメリカ国内の裁判所で訴訟を起こされることも必然的に多くなる。その際、多くの日本企業は自国の証拠開示制度に比べ、開示対象や範囲の広範なディスカバリー制度精通していないがゆえに、開示準備や対応に遅れ、敗訴する結果になっていることも考えられる。（現に多くの日本企業においてディスカバリー手続に巻き込まれ、莫大な損害賠償を命じられたり、特許などの自らの権利を行使できないというような事件に直面している。）そうであるならば、ディスカバリーについて情報を提供し、日本企業がそれなりの対応をして訴訟に挑めば、ディスカバリーに対する日本側からの否定的、消極的イメージは払拭され、むしろ日本企業にとっても強みになるのではないだろうか。

本稿は、以上の内容で構成をし、それぞれの検討を行ったものである。

以上

[博士論文]

アメリカのディスカバリー制度 について

保護命令（protective order）を中心に

関西学院大学大学院博士課程後期課程三年

竹 部 晴 美

2010年11月30日

目次

第 1 章 はじめに 序論—問題提起 - 8 -

第 2 章 アメリカにおけるディスカバリー手続の構造 ... - 17 -

1 はじめに—問題の所在 - 17 -

2 ディスカバリー制度について - 18 -

(1) ディスカバリーの目的 - 18 -

(2) 非開示特権(non-disclosure privilege)について - 21 -

ア「弁護士 - 依頼人特権」(attorney-client privilege) - 22 -

a 日本の弁理士との書面が秘匿特権に該当するとしてディスカバリーでの開示を免れることを認めた連邦地方裁判所判決—Eisai Ltd. v.

Dr.Reddy's Laboratories Inc., 406 F. Supp. 2d 341(2005)— - 23 -

(i) はじめに - 23 -

(ii) 事実の概要 - 24 -

(iii) 争点 - 24 -

(iv) まとめ - 26 -

イ「ワーク・プロダクト」(work product) - 27 -

a 故意侵害訴訟に対して外部弁護士の意見書を抗弁とすることは企業内弁護士のワーク・プロダクトや弁護士 - 依頼人特権の放棄となるか—*In re Seagate Technology*, 497 F.3d 1360, 2007 U.S. App. LEXIS 19768 (2007) —

..... - 28 -

(i) はじめに - 29 -

(ii) 事実の概要 - 29 -

(iii) 争点 - 30 -

(iv) 連邦控訴裁判所判決 - 31 -

(v) 考察 - 34 -

第 3 章 ディスカバリー手続と保護命令について - 43 -

1 保護命令の意義と機能 - 43 -

(1) はじめに一連邦民事訴訟規則における保護命令 - 43 -

(2) 合意ある保護命令(stipulated protective order)	47 -
2 正当事由について	49 -
(1) 正当事由(good cause)とはなにか	49 -
(2) 合意ある保護命令と正当事由	51 -
3 判例に現れた保護命令とその「正当事由」	54 -
(1) プライバシー情報の場合	54 -
ア 正当事由のある保護命令による非開示は憲法第一修正に違反しないと された事例—Seattle Times Co. v. Rhinehart, 467 U.S. 20 (1984)...	56 -
a 事案の概要	56 -
b 連邦最高裁判決	57 -
c 考察	58 -
イ プライバシーを理由とする保護命令に求められる正当事由の基準が示 された事例—Pansy v. Borough of Stroudsburg, 23 F.3d 772, 1994 U.S. App. LEXIS 9389 (1994).	61 -
a 事実	62 -
b 争点	62 -
c 判断	62 -
d 意義	64 -
(2) 特許情報	65 -
ア 特許侵害訴訟で特許侵害者の顧客に対するディスカバリーを「保護命 令」(protective order)によって阻まれた事例—Murata Manufacturing Co. v. Bel Fuse Inc., 234 F.R.D. 175, 2006 U.S. Dist. (2006).	66 -
a 事実の概要—保護命令について	67 -
b 争点	68 -
c 判旨	68 -
(i) 保護命令を無効とするための要件	68 -
(ii) 保護命令の性質	68 -
(iii) 正当事由の有無	69 -
d 決定	71 -
e 本判決の意義	71 -
イ 特許権侵害を立証のために訴訟の相手方の資料等を保全する「保護命 令」とその場合の「正当事由」に関する事例—Monsanto Co. v. Roger Woods, 250 F.R.D. 411(2008).	72 -
a 事実の概要	72 -
b 争点	73 -

c 裁判所の判断	- 73 -
d 判決	- 75 -
e 意義	- 75 -
(3) 営業機密	- 76 -
ア 営業機密の保護が必ずしも優越されない事例—Coca-Cola 事件 (Coca-Cola Bottling Co. v. Coca-Cola Co., 107 F.R.D. 288(D. Del. 1985).	- 77 -
a 訴訟の背景	- 77 -
b 争点	- 78 -
c 当事者の主張	- 78 -
d 裁判所の判断	- 79 -
e 判決	- 81 -
f 意義	- 81 -
イ 第三者の営業機密性について正当事由を示しうるだけの立証がないと された事例—R. J. Reynolds Tobacco v. Philip Morris, Inc., 29 Fed. Appx. 880, 2002 U.S. App. LEXIS 3355(2002).	- 81 -
a 事実の概要	- 81 -
b 争点	- 82 -
c 裁判所の判断	- 82 -
(i) 第一の争点について	- 82 -
(ii) 第二の争点について	- 83 -
d 判決	- 84 -
e 意義	- 84 -
4 小括	- 85 -
5 むすび	- 85 -

第4章 Mass Torts (大規模不法行為)訴訟におけるディスカ バリー手続について	- 99 -
1 はじめに	- 99 -
2 アメリカにおける Mass Torts	- 101 -
(1) Mass Torts の概念と訴訟構造	- 101 -

ア	Mass Torts 訴訟の構成要素	101 -
イ	クラス・アクションとの関係	107 -
ウ	Mass Torts と紛争解決の変化	108 -
(2)	Mass Torts としての Agent Orange 事件	110 -
ア	Agent Orange 事件の発端.....	110 -
イ	Agent Orange による被害と因果関係	111 -
(3)	Mass Torts としての Vioxx 事件	113 -
ア	Vioxx 訴訟の発端	113 -
イ	和解.....	115 -
ウ	Vioxx 訴訟－裁判所への公正についての義務.....	117 -
3	Mass Torts におけるディスカバリー	121 -
(1)	Mass Torts におけるディスカバリーのあり方.....	121 -
(2)	Agent Orange 訴訟におけるディスカバリー	124 -
(3)	Vioxx 訴訟におけるディスカバリー	128 -
4	まとめ	130 -
 第 5 章 E ディスカバリー手続の特徴と問題点		144 -
1	はじめに.....	144 -
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	146 -
(1)	2006 年連邦民事訴訟規則改正の概要	146 -
(2)	2006 年連邦民事訴訟規則の法改正に影響を与えた重要判例 ..	148 -
ア	不適切な E ディ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).	148 -
a	事実の概要	148 -
b	判決と理由	150 -
c	まとめ	152 -
イ	E ディスカ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).	154 -
a	事実の概要	154 -
b	判決と理由	156 -

c まとめ	157 -
3 E ディスカバリーにおける保護命令	158 -
(1) 不注意な E S I 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).	158 -
(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—Capitol Records Inc. v. Noor Alaujan, 2009 U.S. Dist. LEXIS 110626 (D. Mass.).	160 -
ア 判決要旨	161 -
イ 保護命令について	162 -
ウ 電子情報開示の方法について	163 -
4 まとめ	167 -
 補 論 国際的なディスカバリーの問題	176 -
1 国際的 E ディスカバリーの問題	176 -
2 国際的ディスカバリーが問題となった事例	178 -
ドイツ国内での民事訴訟において当事者でないものの有する文書のデ ィスカバリーをアメリカの連邦地裁に認めさせた事例— <i>In re</i> Application of Gemeinshchftspraxis Dr. Med. Schottdorf for an Order Directing the Production of Certain Documents to Assist a Foreign Tribunal Pursuant to 28 U.S.C. §1782, 2006 U.S. Dist. LEXIS 94161 (2006)	178 -
ア 事実の概要	178 -
a 当事者の関係	178 -
b ドイツでの訴訟	179 -
(i) 社会裁判所での訴訟	179 -
(ii) デュッセルドルフ地裁での訴訟	179 -
c アメリカでの訴訟	180 -
イ 争点	181 -
ウ 考察	181 -
エ 判旨	184 -
オ 本判例の意義	184 -

c まとめ	- 157 -
3 E ディスカバリーにおける保護命令	- 158 -
(1) 不注意な E S I 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).....	- 158 -
(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—Capitol Records Inc. v. Noor Alaujan, 2009 U.S. Dist. LEXIS 110626 (D. Mass.).....	- 160 -
ア 判決要旨	- 161 -
イ 保護命令について	- 162 -
ウ 電子情報開示の方法について	- 163 -
4 まとめ	- 167 -
 第 6 章 国際的なディスカバリーの問題	- 176 -
 1 問題意識—国際的 E ディスカバリーの問題	- 176 -
2 国際的ディスカバリーが問題となった事例	- 178 -
ドイツ国内での民事訴訟において当事者でないものの有する文書のデ ィスカバリーをアメリカの連邦地裁に認めさせた事例— <i>In re</i> Application of Gemeinshchftspraxis Dr. Med. Schottdorf for an Order Directing the Production of Certain Documents to Assist a Foreign Tribunal Pursuant to 28 U.S.C. §1782, 2006 U.S. Dist. LEXIS 94161 (2006).....	- 178 -
ア 事実の概要	- 178 -
a 当事者の関係	- 178 -
b ドイツでの訴訟	- 179 -
(i) 社会裁判所での訴訟	- 179 -
(ii) デュッセルドルフ地裁での訴訟	- 179 -
c アメリカでの訴訟	- 180 -
イ 争点	- 181 -
ウ 考察	- 181 -
エ 判旨	- 184 -
オ 本判例の意義	- 184 -

第 6 章 むすび - 186 -

第1章 はじめに 序論—問題提起

本論文は、アメリカ合衆国の民事訴訟手続における証拠開示の方法である Discovery（以下、「ディスカバリー」とする。）制度について検討するものであり、ディスカバリー制度のなかでも、特に、保護命令という裁判所の介入によって証拠開示の有無を決定する手続について、その機能、構造および問題点を、合衆国の重要判例を中心に分析するものである。

アメリカ民事訴訟手続における証拠開示は、訴訟の一方当事者から相手方当事者に対する書面による一連の質問で、訴訟追行に必要な情報の獲得を目的とする interrogatories（インテロガトリーズ、以下、「質問書」とする。）によって必要な事実的情報を絞り込み、つづいて事件関係者に対して法廷以外の場所、例えば弁護士事務所などで、宣誓させる権限のある者の前で質問への回答を書面化した供述をとる deposition（デポジション、以下、「証言録取」とする。）などがある。アメリカのディスカバリー手続は、trial（トライアル、以下、「正式事実審理」とする。）の前に、その準備のため法廷外で当事者が互いに事件に関する情報を開示し、収集する手続であり、その対象範囲の広範さが特徴の一つである。¹つまりディスカバリーの範囲は、狭義の証拠だけでなく、争点、事実、証拠など当該訴訟に関わるものすべてを対象とするのである。

また、ディスカバリー手続は、原則として裁判所を通さず当事者間で行われ、民事訴訟手続の大原則である当事者主義を貫徹した手続であると考えられる。そのためディスカバリー制度は、民事訴訟において、当事者の情報収集能力の差から生じる不公平感をなくし、本案訴訟の迅速性を促し、しかもディスカバリーを通して訴訟上の争点を明確化できるため、正式事実審理に入る前の summary judgment（以下、「サマリー・ジャッジメント」とする。）段階での和解を促進し、当事者自ら訴訟のメリットを見極めた上で正式事実審段階に進むことになる。したがって、アメリカの民事訴訟手続では「一部の例外」を除いてほとんど全ての情報の開示をするディスカバリーが当該訴訟の勝敗の鍵を握ることは言うまでもない。

しかし、全開示が原則であるディスカバリー手続にも、その対象外となる「一部の例外」が存在する。それは、弁護士・依頼人の間のコミュニケーションのような秘匿特権に関するもの、ワーク・プロダクトおよび Federal Rules of Civil Procedure（連邦民事訴訟規則、以下、「規則」とする。ただし、一部分においては理解を容易にするために「連邦民事訴訟規則」と用いる。）の 26(c)に定めるような protective order（以下、「保護命令」とする。）に基づく場合である。

連邦民事訴訟規則 26(c)によって、相手方の開示要求に対し非開示を求めることに、good cause（以下、「正当事由」とする。）が示された場合に「保護命令」が出され、一定情報の開示を制限できるとしている。当事者主義的訴訟制度の観点から、証拠開示も当事者の自主性に任されてはいるが、開示をめぐる争いについては裁判所の介入が認められている訳である。さらに近年では、特許訴訟における秘匿特権の範囲や企業機密に関して複雑な問題が生じるため、裁判所が関与することが多くなってきた。²

当事者主義を貫徹していると思われるアメリカの民事訴訟手続において、この保護命令は、裁判所の介入を必要とするという点から例外的なものであり、裁判所の介入権限の範囲や保護命令による証拠開示の制限の具体的方法、また正当事由とは何を指すのかなど、アメリカにおいてもその検討はあまりなされていないため、ここで一定の指針を示す必要があると思われる。

また、ディスカバリー手続については、テクノロジーの発展や書面の電子化によって、アメリカでも様々な問題点が現れてきている。従来のディスカバリーの場合、大量の書類が何箱も相手方当事者から開示され、文書の処理に苦慮していたが、自ずとディスカバリーの対象となるものが、相手方のコンピューター上に存在するという時代になった。そこで、連邦民事訴訟規則が2006年に改正され、新たに E-discovery（以下、「E ディスカバリー」とする。）が導入されることとなった。対象物の範囲が広がったため、収集できる情報がより増加したと考えられるが、電子機器、電子媒体の発展はめざましく、証拠の隠蔽方法も巧妙化した可能性も否めない。また、当該事件に関連する証拠だけを抽出する方法や、その他の本案事件に関連性のない証拠の非開示手続や方法はあるのかなど、E ディスカバリーの現状の検討することも一定の価値があると考えられる。

このようにディスカバリーはアメリカの民事訴訟の中心となる手続であるので、最新の情報について考察することが重要である。このような考察は日本にとっても意味があると思われる。なぜなら、日本企業にとって、アメリカ市場は重要な経済活動の場であり、多くの日本企業はアメリカと貿易を行ない、商取引を営んでいる。そのため日本企業がアメリカ国内の裁判所で訴訟を起こされることも必然的に多くなる。その際、多くの日本企業は自国の証拠開示制度に比べ、開示対象や範囲の広範なディスカバリー制度に無知であるがゆえに、準備や対応に遅れ、敗訴する結果になっていることも考えられる。（現に多くの日本企業においてディスカバリー手続に巻き込まれ、莫大な損害賠償を命じられたり、特許などの自らの権利を行使できないというような事件に直面している。）そうであるならば、ディスカバリーについて情報を提供し、日本企業がそれなりの対応をして訴訟に挑めば、ディスカバリーに対する日本側からの

否定的、消極的イメージは払拭され、むしろ日本企業にとっても強みになるのではないだろうか。

日本とアメリカでは証拠開示の方法、範囲がかなり異なる。では、日本の民事訴訟手続における証拠開示はどのように行われているのか、ここで簡単に触れておきたい。日本では、1996年（平成8年）に旧民事訴訟法が大きく改正され、現行民事訴訟法は1998年（平成10年）1月1日より施行された。裁判所と当事者双方が早期に主張と立証関係を明らかにして、期日における充実した審理を行うことができるようにするという目的³で、第一回弁論前の争点整理手続の改正規定として「当事者照会制度」が新たに制定され、「文書提出命令制度」は大きく見直された。その改正点は、文書提出義務の一般義務化（民事訴訟法220条4号）、文書特定のために手続の創設（同法222条）、イン・カメラ手続の導入（同法223条3項）、文書提出命令に従わない場合の制裁の強化（同法224条、225条）などである。⁴

文書提出命令の規定は、旧民事訴訟法においても存在したが（旧民事訴訟法313条）、文書提出命令を申立てる際に申立人は、「文書の表示」（文書のタイトル・作成者・日付等）および、「文書の趣旨」（文書の記載内容の概要）を明らかにする必要があった。しかしながら、相手方や第三者が所持する文書の表示や文書の趣旨を明らかにすることは、現実に文書の作成・保管に関与していない相手方当事者にとって相当な困難を伴うことは言うまでもない。したがって、これでは対等な訴訟当事者としての有効な対応は不可能であった。

そこで、現行民事訴訟法においては、この規定をそのまま踏襲しつつも（同法221条1項）、申立人において文書の表示または文書の趣旨を明らかにすることが著しく困難であるときは、これらの事項に代えて「文書の所持者がその申立てに係る文書を識別することができる事項」を明らかにすれば足りることとなった（同法222条1項前段）。この場合、申立人は裁判所から文書の所持者に対し、文書の表示および文書の趣旨を明らかにすることを求めることができることとなった（同法222条1項後段、2項）。⁵

民事訴訟法第220条の4号のもとでは、文書の客観的な性質というより、具体的にその文書にどのような事項が記載されているかによって提出義務の存否が判断されることになるため、裁判所が適切に提出義務の存否について判断する方法があるのかが問題となる。⁶この問題を克服するために、「イン・カメラ手続」が設けられた。この手続は文書が文書提出義務を免れるか否かの判断は裁判官が非公開で行い、裁判官の判断で提出義務がないとされた文書は、証拠として提出する必要はないとするものである。しかし、その場合、実際に裁判官はその文書を読んでもその文書を証拠として勘案してはならず、心証を消して判決をおこなうことになるが、現実的にそれが可能かどうかはなお疑問

が残る。⁷

また、4号二の「専ら文書の所持者の利用に供するための文書（国又は地方公共団体が所持する文書にあっては、公務員が組織的に用いるものを除く。）」に関してどこまでが「企業機密」、あるいは「自己使用文書」にあたるかが実務上の問題となる。⁸「企業機密」あるいは「自己使用文書」という概念については、現行法でも提出義務の対象となる文書の例外として判例上認められてきた。⁹そのため、どこまでが適用除外の範囲となるかは確定しているわけではない。たとえば、個人の日記帳や家計簿、会社内部の事務処理のための文書などは「自己使用文書」に当たるとされているが、それ以外にどこまでの文書がこれに含まれるかはなお議論の余地がある。¹⁰

このように開示の必要性のないものが明文化された日本の証拠開示手続には当事者の公平性や対等性が担保されにくくなると考えられる。さらに、日本には不利益な情報は隠した方が得という考え方があり、そのような考え方は日本企業間ではうまく機能していると言うことができる。しかし、アメリカで日本企業が提訴された場合、日本企業は証拠開示段階で手持ち証拠を故意に隠した場合はもちろんのこと、記憶がなかったり、忘れていた場合なども大きな制裁を受けることになる。こういったことに具体的に対応して、どのようにアメリカで訴訟を進めていけば良いのかを知ることは重要だと思われる。¹¹

そこでこのようなディスカバリーの現在の意義を念頭に置きながら、本論文では、まず第二章で、ディスカバリー手続の種類とその構造を概観し、その例外にあたる秘匿特権とワーク・プロダクトについて検討する。第三章においては保護命令と保護命令を認める根拠となる正当事由について論じ、プライバシー情報、特許情報、営業機密の場合の保護命令と正当事由について重要判例を用いて検討する。ここまでは両当事者の立場が比較的同等の場合の事件を扱っているため、第四章においては、一方当事者が大人数である場合の不法行為事件ではどのようにディスカバリーが機能しているのか検討するために Mass Torts（大規模不法行為）におけるディスカバリー手続について検討する。そして第五章では、近年ディスカバリーの新たな分野として法整備された E ディスカバリーと分析し、第六章では国際間紛争におけるディスカバリーについて検討し、さいごにまとめをおこなった。

もっとも、以上述べたアメリカのディスカバリー制度については、我が国においてもこれまで実務家を中心に紹介がなされてきている。¹²また、日本の民事訴訟における文書提出命令との関係において比較法的研究もなされている。¹³私の研究は、もちろんこれらの先行研究の学識の恩恵を受け、それを踏まえたものである。他方で、これらの先行研究に加えて、アメリカのディスカバリーに関して自分なりの新しい問題点を提起したいと考えている。

1 関戸麦「日本企業が米国民事訴訟で経験する手続法上の論点 PART5」 NBL No.815 52-55 頁 (2005 年)。

2 「米民事訴訟法 進む電子証拠開示」(スイッチオン・マンデー) 日本経済新聞、2007 年 8 月 27 日付け記事。

3 竹下守夫代表編「研究会新民事訴訟法 - 立法・解釈・運用」 ジュリスト増刊 17-18 頁 (1999 年)。

4 杉山悦子「文書提出命令に関する判例理論の展開と展望」 ジュリスト No.1317 93 頁 (2006 年)。

5 この手続を利用することによって証人尋問をしなくても、書面で明らかにすることができるので、その結果、従来に比べて手続きがより簡略化され、合理的な形で手続きが進むことが期待されている。(竹下、前掲 289 頁。) しかし、民事訴訟法第 220 条 (文書提出義務) では、「次に掲げる場合には、文書の所持者は、その提出を拒むことができない。」としながら、その四号で、「前三号で掲げる文書が次に掲げるもののいずれにも該当しないとき。」として、文書提出に応じる必要のない場合が示された。それらは、

「イ 文書の所持者又は文書の所持者と第百九十六条各号に掲げる関係を有する者についての同条に規定する事項が記載されている文書

ロ 第百九十七条第一項第二号に規定する事実又は同項第三号に規定する事項で、黙秘の義務が免除されていないものが記載されている文書

ハ 専ら文書の所持者の利用に供するための文書 (国又は地方公共団体が所持する文書にあっては、公務員が組織的に用いるものを除く。)」

である。

その後、行政機関の保有する情報を公開するための制度に関して行われている検討と並行して検討するために 1996 年 (平成 8 年) の改正段階では見送られた公文書に関する改正も、結局、2001 年 (平成 13 年) に実施された。二度目の改正により公務秘密文書等を除く公務文書の提出義務が確認され (同法 220 条 4 号ロ)、公務秘密文書該当性の判断のための監督官庁の意見を聴取する手続 (同法 223 条 3 項)、高度な公務秘密文書に関する監督官庁の意見の相当理由の判断 (同条 4 項)、第三者の技術または職業上の秘密について第三者から意見聴取する手続 (同条 5 項)、公務文書の提出義務を判断するためのイン・カメラ手続の整備 (同条 6 項)、そして刑事関係書類について提出義務を除外するという内容の規定 (同法 220 条 4 号ホ) が置かれた。(杉山、前掲 93 頁。)

こうして民事訴訟法 220 条の 4 号には、従来の、

「イ 文書の所持者又は文書の所持者と第百九十六条各号に掲げる関係を有する者についての同条に規定する事項が記載されている文書

ロ 公務員の職務上の秘密に関する文書でその提出により公共の利益を害し、又は公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれがあるもの

ハ 第百九十七条第一項第二号に規定する事実又は同項第三号に規定する事項で、黙秘の義務が免除されていないものが記載されている文書」

のイ、ロおよびハに、

「ニ 専ら文書の所持者の利用に供するための文書（国又は地方公共団体が所持する文書にあっては、公務員が組織的に用いるものを除く。）

ホ 刑事事件に係る訴訟に関する書類若しくは少年の保護事件の記録又はこれらの事件において押収されている文書」

が新たに加えられた。

6 竹下、前掲 297 頁。

7 竹下、前掲 297-306 頁。

8 京都シミュレーション新民事訴訟研究会『シミュレーション新民事訴訟〔訂正版〕』 144 頁（信山社、2002 年）。

9 その主なものを上げておく。福岡地判平 18 年 6 月 30 日判時 1960 号 102 頁（文書提出命令申立事件、社外の調査会社作成による自動車事故調査報告書を対象とする文書につき、過失割合の参考所見の部分、個人情報部分は、民事訴訟法 220 条 4 号ニ所定の自己利用文書にあたるが、写真、図面等は該当しないとされた事例。）、東京地判平 11 年 8 月 16 日金法 1557 号 76 頁（文書提出命令申立事件、銀行が作成した稟議書は、自己使用文書に当たり、文書提出命令の対象にならないとされた事例。）、東京高判平 11 年 7 月 14 日金法 1554 号 80 頁（文書提出命令申立却下決定に対する抗告事件、銀行の貸出稟議書及び本部認可書は法律関係文書に当たらず自己使用文書であるとして文書提出命令が認められなかった事例。）、東京地判平 11 年 7 月 5 日金法 1554 号 82 頁（文書提出命令申立事件、銀行の貸出稟議書につき民事訴訟法 220 条 4 号に基づき文書提出命令が認められた事例。）、東京地判平 11 年 6 月 10 日金法 1550 号 36 頁（文書提出命令申立事件、銀行の貸付稟議書及び本部認可書は法律関係文書に当たらず自己使用文書であるとして文書提出命令が認められなかった事例。）、東京地判平 11 年 4 月 19 日金法 1546 号 123 頁（文書提出命令申立事件（銀行の貸付稟議書及び本部認可書は法律関係文書に当たらず自己使用文書であるとして文書提出命令が認められなかった事例。）、大阪高判平成 11 年 2 月 26 日金判 1065 号 3 頁（文書提出命令申立事件、銀行の貸付稟議書は法律関係文書であって自己使用文書に当たらないとして文書提出命令が認められた事例。）、大阪高判平 11 年 2 月 26 日金法 1546 号 117 頁、（銀行が作成した稟議書は、当該稟議が終わった段階では、民事訴訟法 220 条 3 号後段の法律関係文書に該当し、また銀行が作成した稟議書は、民事訴

訟法 220 条 4 号ハにいう「専ら文書の所持者の利用に供するための文書」に該当しない。)、東京高判平 8 年 12 月 25 日訟月 43 卷 6 号 1522 頁(文書提出命令申立事件、核原料物質、核燃料物質及び原子炉の規制に関する法律 23 条に基づく原子炉設置許可処分の取消しを求める訴訟において、電気事業法 41 条に基づく当該処分後の工事計画の認可、溶接方法の認可ないし溶接検査、保安ないし運転管理に係る文書の提出命令の申立てにつき、当該文書の取調べの必要がないとして、これを却下した事例。(旧民事訴訟法関係)また、原子炉設置許可処分の取消訴訟においては、後続処分である工事計画認可等に関する事項は審理の対象外であり、工事計画認可等に係る文書を証拠調べする必要性がなく、文書提出を命令する必要性もない。)、仙台高判平 5 年 5 月 12 日判タ 819 号 90 頁、判時 1460 号 38 頁(女川原発差止訴訟における文書提出命令事件抗告審決定、決定文書提出命令申立一部認容決定に対する即時抗告申立事件。)、仙台地判平 5 年 3 月 12 日(第一審)(文書提出命令申立事件、女川原発差止訴訟における文書提出命令事件第一審決定、原子力発電所の建設、運転差止訴訟において、民事訴訟法 312 条 3 号後段のいわゆる「法律関係文書」に該当するとして、原子炉等規制法に基づく保安規定、電気事業法に基づく保安規程、並びに電気事業法に基づく工事計画認可申請書等に含まれる原子炉の格納容器内部の構造・材質・寸法・取付方法及び強度計算を記載した文書の提出が命じられた事例および、民事訴訟法 312 条 3 号後段にいう挙証者と所持者との間の法律関係につき作成された文書には、法律関係それ自体を記載した文書だけではなく、その法律関係の構成要件の全部又は一部を記載した文書をも含む。民事訴訟法 312 条 3 号後段の文書に当たるというためには、当該文書が挙証者と所持者との法律関係それ自体又はその法律関係の基礎となり若しくは裏付けとなる事項を明らかにする目的をも有して作成されたものであることが必要であり、専ら所持者の自己使用のために作成された内部文書又はこれに準ずる文書は同条 3 号後段の文書に当たらない。)、神戸地判平 2 年 4 月 10 日判時 1364 号 107 頁(会計帳簿等閲覧謄写仮処分申請事件。合名会社の無限責任社員から会社に対しての定款・社員名簿・社員総会議事録、銀行預金出納帳の閲覧謄写請求権を被保全権利とする仮処分申請が認容された事例、合名会社の無限責任社員は、会社の業務財産状況検査権の行使として、自ら会社に赴き帳簿その他の書類を閲覧謄写することができる。)、大阪地判昭 61 年 7 月 31 日判時 1248 号 78 頁(文書提出命令申立事件、売買帳等が、本条の商業帳簿に当たるとされた事例。)、東京高判昭 56 年 5 月 21 日判時 1006 号 53 頁、判タ 448 号 99 頁(控訴審)(文書提出命令申立却下決定に対する抗告事件)、東京高判昭 51 年 6 月 29 日判時 826 号 38 頁(控訴審)(文書提出命令申立却下決定に対する抗告事件)、高松高判昭 50 年 7 月 17 日(控訴審)判時 786 号 3 頁、判タ 325 号 160

頁（文書提出命令申立認容決定に対する即時抗告申立事件、伊方原子炉設置許可取消請求事件文書提出命令抗告審決定、民事訴訟法 272 条・273 条にいう「職務上ノ秘密」とは、職務上知りえた事項でこれを公表することによって、国家の利益または公共の福祉に重大な損失または不利益を及ぼすような秘密をいう。）など。なお、杉山，前掲 94 - 100 頁も参照。

¹⁰ 松本博之＝上野泰男『民事訴訟法〔第 4 版補正版〕』 430 頁（弘文堂、2006 年）。

¹¹ *In re Gemeinshchftspraxis Dr. Med. Schottdorf*, 2006 U.S. Dist. LEXIS 94161 (S.D.N.Y. Dec. 29, 2006). この事件は、外国での訴訟であるにも関わらず、当事者の法的、事実的關係において、米国企業を含んだために、ディスカバリーによる情報開示を求め、認められた事例である。この事件では、外国（ドイツ）での民事訴訟に関連して、一方当事者がアメリカの連邦地裁にドイツで開示しなかった情報についての開示を、ディスカバリーの一環として求めた。連邦地裁は、当該事件において、ドイツでの訴訟に関わっているドイツ人の訴訟当事者は、（１）合衆国に存在しない文書であり、（２）現在実際に彼らが訴訟中のドイツの裁判所からでは入手できない文書であっても、求める文書の提出命令をアメリカの裁判所から獲得できると結論づけた。この事例はまさにディスカバリー手続が米国内だけの制度に留まらないことを示すものといえることができる。

¹² 具体的には、特定訴訟におけるディスカバリーの実態報告、あるいはアメリカの最新判例を紹介するものが多い。その例としては以下のような研究があげられる。野一色勲「企業法務からみたディスカバリーの問題点—アメリカの原告会社の開示要求を受けた経験から」 法律時報 66 巻 1 号 90 頁（1994 年）（訴訟の経験談を述べるもの。）、松本直樹「米国特許法による三倍賠償とディスカバリー」 国際商事法務 Vol.22 No.3 (1994 年)、林田学「特許訴訟と ENE そして新型ディスカバリ」 ジュリスト No.1033 77 頁（1993 年）、村松久子「ディスカバリー手続—アメリカの訴訟における書類開示制度」 パテント Vol.46 No.5 89 頁（1993 年）、長谷川俊明「特許とディスカバリー〈現代法律英語入門／特許侵害裁判編 7〉」 国際商事法務 Vol.21 No.10 1242 頁（1993 年）、および古川絵里「米国連邦民事訴訟におけるディスカバリーと司法制裁」 国際商事法務 Vol.21 No.12 1375 頁（1993 年）など。

¹³ ディスカバリーが、アメリカの民事裁判手続制度の特徴を導入的に紹介されることは多い。具体的には、ディスカバリーの種類や方法についての解説、あるいはアメリカ民事訴訟法を概観する教科書的な記述の中で示されている。たとえば、小林秀之「民事訴訟の焦点—ディスカヴァリ問題を中心に」 法律時報 55 巻 11 号 17 頁（1983 年）（詳しい紹介であるが、古い。）、林田学「アメリカにおけ

るディスカバリーの改正について〈各国の司法動向〉」 ジュリスト No.1047 111 頁 (1994 年) (1993 年の民訴法改正について。少し古い。)、リチャード・マーカス、三木浩一「アメリカにおけるディスカバリーの過去、現在、未来(上)〈アメリカ民事訴訟法の新潮流〉」 NBL No.699 6 頁 (2000 年)、同「アメリカリカにおけるディスカバリーの過去、現在、未来(下)〈アメリカ民事訴訟法の新潮流〉」 NBL 700 27 頁 (2000 年) (典型的な概説。)、外立憲治「「生きた民事裁判」の保障：米国ディスカバリー (discovery) 導入への提言」 自由と正義 Vol.52 No.6 40 頁 (2001 年) (概説的な紹介。)、藤田泰弘「外国訴訟当事者の申立によるアメリカ連邦地裁の司法共助：日本の裁判でアメリカのディスカバリー制度を利用する〈国際訴訟法(日米関係)ノート5・完〉」 国際商事法務 Vol.26 No.3 271 頁 (1998 年) (ドイツの状況との比較が興味深い。)、平野晋「国際民事訴訟とアメリカ合衆国連邦民事訴訟規則の改訂―強制開示手続(マンデイトリー・ディスクロージャーとディスカバリー計画会議)(4)」 国際商事法務 Vol.22 No.7 741 頁 (1994 年)および関戸麦「日本企業が米国民事訴訟で経験する手続法上の論点 PART1-7」 NBL No.811-816 (2005 年)など。関戸論文は、アメリカ民訴法における全般状況からディスカバリーの現状を丹念に紹介しており、本稿もこの論文に触発を受けている。

Eディスカバリーについては、吉田大助「米国における E-ディスカバリーに対する日本企業の対応について」 Lexis 企業法務 No.7 1412 頁 (2006 年)と眞鍋佳奈「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」 NBL No.856 22 頁 (2007 年)による問題提起と紹介がある。

教科書としては、浅香吉幹『現代アメリカの司法』(東京大学出版会、1999 年)、浅香吉幹『アメリカ民事手続法』(弘文堂、2000 年)、大村雅彦、三木浩一『アメリカ民事訴訟の理論』(商事法務、2006 年)、小林秀之『新版・アメリカの民事訴訟法』(弘文堂、1997 年)、モリソン・フォースター法律事務所『アメリカの民事訴訟(第1版)』(有斐閣、1995 年)がある。他に、田中英夫、竹内昭夫『法の実現における私人の役割』(東京大学出版会、1987 年)。丸田隆『アメリカ民事陪審制度―「日本企業常敗」仮説の検証』(弘文堂、1997 年)もある。

第2章 アメリカにおけるディスカバリー手続の構造

1 はじめに一問題の所在

本章では、アメリカ合衆国におけるディスカバリー手続の構造につき、検討する。

アメリカ民事訴訟手続では、日本の手続方法とは異なり、まず、お互いの主張を書面にして提出し合い、事実上の及び法的な争点を明らかにするプリーディング(pleading)を交互におこなったあと、当事者が一連の文書の提出を行なうディスカバリーを経て、正式事実審理前に、裁判長を交えて当事者間で争点を限定し、事実審理の期日指定などを行うプリトリアル・カンファレンス(pretrial conference)、正式事実審理以前に法的争点の有無の決定を求めるサマリー・ジャッジメントまでの、いわば pretrial (正式事実審理前)の手続と正式事実審理の段階に分かれている。アメリカの民事訴訟では、和解の可能性の可否の判断も含め、この正式事実審理前の手続が、かなり重要な意味を有している。以下の図1は、ディスカバリー段階と本案事件の正式事実審理との流れを示すものである。日本の民事訴訟と異なり、正式事実審理の前にディスカバリーを終えてしまう。

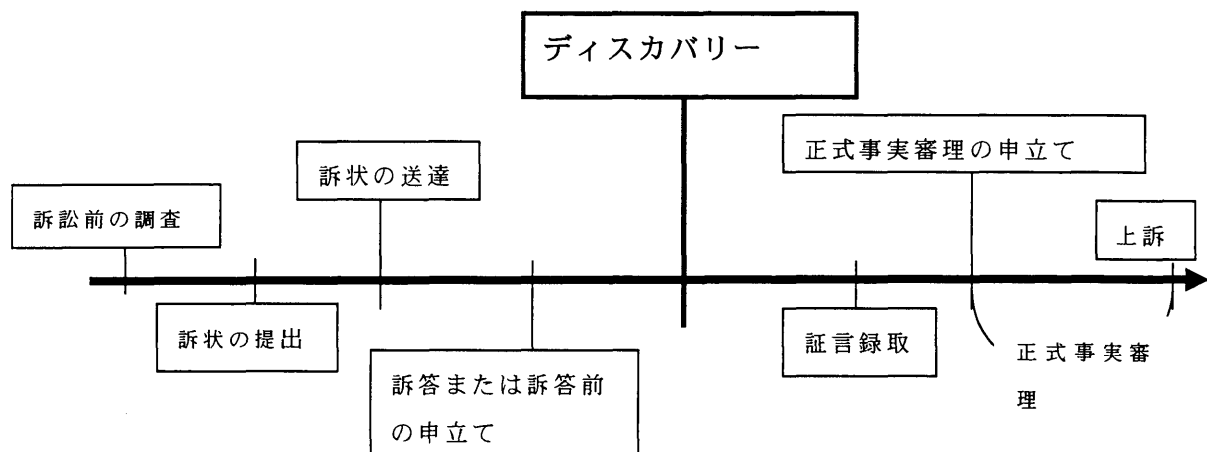
本稿で考察するディスカバリー手続は、正式事実審理前の段階において、訴訟当事者が当該事件に関係する情報を互いに提出し合うという証拠開示の制度であり、その対象範囲の広範さが特徴の一つである。訴訟の一方当事者から、他方当事者に対する書面による一連の質問(interrogatories)で、訴訟遂行に必要な情報の獲得を目的とする質問書によって必要な事実的情報を絞り込み、続いて事件関係者に対して法廷以外の場所、例えば弁護士事務所などで、宣誓させる権限のある者の前で直接質問を行い、それを書面化した供述、証言録取書(deposition)を得ることがディスカバリーの端緒となる。¹

このディスカバリーの対象に制限がないわけではなく、ディスカバリー段階で開示が拒否できる部分については連邦民事訴訟規則及び判例法において一定の枠が示されている。ディスカバリーの対象外となる一定の枠とは、弁護士-依頼人の間のコミュニケーションのような守秘義務に関するもの、弁護士の訴訟準備についてのワーク・プロダクトおよび保護命令(protective order)に基づく場合である。

言うまでもなく民事訴訟においても刑事訴訟においても「証拠」は裁判の根

幹をなす。アメリカの民事訴訟では、この証拠開示がディスカバリーを通じて訴訟当事者に任されている。それにより証拠の偏在を防ぐとともに、訴訟当事者に訴訟過程における公正さ(fairness)を認識させるだけでなく、裁判結果に対する満足感を与えることが重要だと考えられている。この点、日本では証拠の採用についての権限は裁判所にあるため、畢竟、訴訟当事者は、自己に有利な証拠を提出しがちになり、他方で当該訴訟に関わる重要な証拠を意図的に隠匿したり、提出しないことも起こりうる。たしかに民事訴訟における「請求の原因」の判断のためにできるだけ十分な証拠を開示すべきであるという要請や当事者の弁論主義と裁判官の釈明権との兼ね合いの問題はあると思われるが、それでもなおアメリカのディスカバリー制度には民事訴訟の公正さを担保する意味があると思われる。

図 1 典型的なアメリカ民事訴訟手続の流れ



2 ディスカバリー制度について

(1) ディスカバリーの目的

ディスカバリーの目的は、訴訟の当事者が相手方や関係者から、事件の事実に関する情報や証拠を収集することである。連邦民事訴訟規則では、「開示及びディスカバリー」の規定は、同規則の第 5 章(証言録取及びディスカバリー)において、原則を定める 26 条から制裁を定める 37 条までを定めている。

ディスカバリーは、正式事実審理前に事件事実に関する事実関係を把握しておくこと、訴訟の争点を明確にし、さらに正式事実審理では証言を得ることのできない者からの証言を保全しておくことなどの目的を持つ。ディスカバリーによる開示請求の範囲は、かなり広範かつ自由であり、例外規定のある場合を除き、訴訟に関するあらゆる関係人、証言予定者、専門家からの直接の証言録取はもとより、関係書類や関係者の所在場所などの有益な情報を発見するための手がかりとなる情報、訴訟に関連するあらゆるデータや情報の収集が裁判所の介入なく当事者間で行われることが認められている。

連邦民事訴訟規則上のディスカバリーに関する規定は、ディスカバリーとして受け入れるべき方法や範囲について一定の基準を定めている。しかし、ディスカバリーの方法については、連邦裁判所ごとに手続の詳細に関していわゆるローカル・ルール(local rule)が存在しているし²、また大多数の州においても、連邦民事訴訟規則と同じようなディスカバリー規則のルールが州裁判所で採択され、実施されている。

ディスカバリーは、アメリカ法の特殊性をなす手続であると言われ、³連邦民事訴訟規則が定める目的以外にも、事前の十分な情報収集によって陪審裁判を前提とした正式事実審理での争点の絞り込みと明確化を促すということに関連する。それにより、訴訟中の出し抜き行為(surprise)を制約して、審理中の混乱を避けるとともに、スムーズな訴訟運営を支えるということもその目的とされている。さらにディスカバリーの副次的な効果として、ディスカバリー手続を通じて正式事実審理の段階に至る以前に当事者に和解の機会を与え、その可能性を拡充することも挙げられている。⁴

このように、ディスカバリーは、訴訟当事者の事件事実やその法的理論構成のための自主的な調査と証拠収集を行う手続であり、したがって法廷での立証や反証を支える実質的な意味を持つ。法廷での立証をより効果的で適正なものにするためには、正確なデータや情報に裏付けされた主張を行う必要があるからである。

他方、ディスカバリーは、訴訟提起者に気軽に関係書類の提出を可能とさせるため、その収集や分析に関して訴訟当事者に相当な時間と経費を負担させることがある。財源の豊かでない訴訟当事者は、ディスカバリーへの対応と、それに要する経費の重みに耐えかねて、和解を受けざるを得ないような状況に追い込まれることもある。そういう側面からも、ディスカバリー制度は、米国の民事訴訟制度の最大の特徴でもあり、また問題点ともなっていると言える。

そこで、濫用されるディスカバリーを規制するために裁判官と当事者の間でディスカバリー・カンファレンス(discovery conference)がかなり重要性を有するようになり、当事者の自主的交渉に委ねられている現行のディスカバリー

過程に、裁判官の介入と事件管理を図る方針がとられている。たとえば、審理事項に関連すれば何でもディスカバリーの対象となるとされているが、それが連邦民事訴訟規則のいう合理的なものかどうかという判断について裁判官が積極的に関与して決定することが求められている。

このような点から、弁護士による故意、または重過失のディスカバリー妨害(故意の混乱や時間稼ぎ)に対しては、連邦民事訴訟規則上の制裁だけでなく、法廷侮辱罪(contempt of court)によって罰金が科されることもある。そのため、連邦民事訴訟規則 26(f)の下で当事者は、自主的にディスカバリー範囲について議論する機会を持ち、これにより、当事者はあらかじめディスカバリーの範囲を広範にするか、または制限するかなどの調整をし、それに合意することができる。そうすることで訴訟を早期段階で終了させるか、または少なくとも訴訟準備段階の経費を削減する機会が与えられている。

1983年に連邦規則が公布されるまでは、ディスカバリーが当事者間で全面的に実施されることへの支持は高く、訴訟準備では当事者間で証拠を全面的に公開すべきであるとされていた。証拠の開示を当事者間で実施させることは、一方で当事者間に本訴での不利益や守秘義務に対する恐れや不安を引き起こしたが、他方で広範囲にわたる相互のディスカバリーが、最終的に利用可能な証拠についての整理につながるとして、支持されていた。⁵

ディスカバリーの目的を要約すると、つぎの三点にまとめることができる。第一に、広義のディスカバリーの効果としてディスカバリーによって法的問題に関する証拠が圧倒的であることを事前に示すことができる。第二に、当事者は、証人に対しどのような質問をすべきかを明確にできるため、証拠の提出を単純化することにつながる。さらに第三に、正式事実審理前に証人の証言録取書を得ておくことは、正式事実審理における証人の証言内容について予測が可能となる。ディスカバリーのこのような目的と効果は、時間と費用の浪費というディスカバリーのデメリットを強調する視点からは見過ごされがちである。

6

反対に、ディスカバリーがきちんに行われない訴訟では、いわゆる証拠の偏在の問題がおこる。そこでディスカバリーに関して裁判所がバランスをとる方法として、「十分で、広めのディスカバリーが用いられること、そしてそれらを相手方が制限なく用いること」と、「相手方に相当な経済的負担を負わせることと、相手方の訴訟準備への不当なしわ寄せを避けること」とのバランスをとる必要があるとされる。⁷多くの場合、このバランスは十分にとられているが、依然として二つのタイプの訴訟においてはディスカバリーの範囲をめぐってジレンマ(dilemma)が残されているとの指摘がある。⁸それは、訴訟が巨大になると、つまり何百万ドルもの損害賠償を含む Mass Torts 訴訟のような場

合、原告が被告に対して対等に訴訟に備えるためには、夥しい量の情報を入手し、分析しなくてはならず、それだけに時間や経費を費やしてしまい、その結果、原告の労力を消耗させてしまうという問題がある。また、他方、例えば数万ドル規模の訴訟において、一方当事者が大量のディスカバリーを実施することによって他方当事者を圧倒し、これへの対処で相手を消耗させてしまい、最終的にこのような規模の訴訟提起を抑制させることもある。⁹

(2) 非開示特権(non-disclosure privilege)について

ディスカバリー制度では、基本的にすべての訴訟関連情報を開示することが求められるが、すでに述べたように、提出や開示を拒否できる場合がある。これは、「非開示特権」(non-disclosure privilege)とされるもので、attorney-client privilege（以下、「弁護士 - 依頼人特権」とする。）、及び work product（以下、「ワーク・プロダクト」とする。）の二種類に大別できる。

弁護士 - 依頼人特権を含む秘匿特権は、「ローマ法や教会法に起源を持ち、コモンローで知られる秘密の交信に対する特権の中で最も古いものである」¹⁰とされ、弁護士と依頼者間のほかにも医師と患者間、宗教家と信者間などの信頼関係から生ずる伝統的な秘匿特権を意味する。この秘匿特権の一般原則は一六世紀のイングランドに求めることができる。¹¹歴史的に、この特権は、「弁護人の依頼者の心配のために講ずる策というよりも、弁護士の宣誓と名誉のためにもたらされたものであった」。¹²とされている。この特権に関する法的根拠が明確になると、この原則は、弁護士と依頼人との間の正直なコミュニケーションを容易にする方法とみなされ始めた。つまり1700年代の終わりまでに、裁判所はこの特権が弁護士に対してではなく、依頼人の利益のために存在すると認識し始めていたのである。

この点に関してジョン・ウィグモア(John Wigmore)¹³は、コミュニケーションの開示に対する秘匿特権の四つの根本的な条件を示していた。それらは、（１）コミュニケーションが（弁護士への）信用とともに始まったものであること、（２）そのようなコミュニケーションに伴う機密の要素が、「当事者間の関係」に「必須である」必要があること、（３）そのような関係は、コミュニティによって「促進される」べきであるとされていること、そして、（４）（機密の要素）開示されることで生じるであろう損害が、訴訟のために得られるであろう利益よりも大きなものであること、が必要であるとされた。¹⁴

以下、「弁護士 - 依頼人特権」および「ワーク・プロダクト」について検討する。

ア「弁護士 - 依頼人特権」(attorney-client privilege)

弁護士 - 依頼人特権とは、依頼者が法律専門家から法的助言を求める場合に、いかなる種類のものであれ、その法的助言に関連するコミュニケーションや文書は、当該コミュニケーション等が依頼者によって秘密とされたときには、秘匿特権が放棄された場合を除き、依頼者またはその法的助言者による開示から保護される、というものである。¹⁵この特権を認める目的は、「弁護士と彼らの依頼者間の完全で率直なコミュニケーションを促進し、法律の遵守と法の執行においてより広い公共の利益を促すこと」¹⁶にあり、そのうえで「弁護士のアドバイスに基づいて行動する者に十分かつ適切な専門的アドバイスを与えることを保護し、依頼者から弁護士に対して自由に情報を与えることを保護するために存在する」¹⁷とされている。

コミュニケーションを秘密にするという点では、この弁護士 - 依頼人特権は最も古くから認められている特権のうちの一つであるとされており、¹⁸またこの「特権の実務的帰結は、法的アドバイスを求めるために依頼者によって内密で弁護士に伝えられた事柄に関しては、開示が強要されず、また任意に応じる必要性がない」¹⁹ことである。

この弁護士 - 依頼人特権は、連邦最高裁の判決によれば、以下の場合に適用される。まず、(1) 依頼者であるか、または依頼者になろうとしている者からのコミュニケーションである場合、(2) コミュニケーションをおこなった者が、(a) 弁護士あるいはその部下であるか、(b) このコミュニケーションに関して弁護士として活動している者である場合、あるいは(3) 弁護士が知り得た事実に関するコミュニケーションについて、(a) その弁護士の依頼者が、(b) 部外者の介在なしに、(c) ①法についての意見、あるいは②法的サービス、または③訴訟手続の補助、のいずれかを第一義的目的とし、(d) 犯罪または不法行為のためでないという目的がある場合で、しかも、(4) 特権が(a) 主張されるか、あるいは(b) 依頼人によって放棄されない場合である。²⁰

弁護士 - 依頼人特権は、依頼者から弁護士へのアクセスだけでなく、弁護士から依頼者へのアクセスをも含み、双方向にあてはまる。依頼者が弁護士と打合せに同席するか、その内容に関するコピーを受け取ることなどもその対象となる。同特権の内容や手段はそれが口頭であれ、または書かれたものであれ、様々であり、これらは依頼者と弁護士間の会話やコミュニケーション全般に適用される。²¹

他方、弁護士 - 依頼人特権は、依頼者が個人の場合に比べて企業など法人の場合にはその適用が容易ではない。このような場合には、特権者である依頼人

が法人自体であったり、コミュニケーションの担い手が複数になることがあるからである。そのため、法人などの組織の場合は、「弁護士 - 依頼人特権は、法的アドバイスを確保するために企業の上役の指示でされた企業の従業員と弁護士間のコミュニケーションに適用される」²² ことになるというのが連邦最高裁の考えである。この点について、連邦最高裁は、この特権は、企業の上部及び中間レベルの経営上の従業員に制限される訳ではないとしており、²³ むしろこの特権は、弁護士が、企業のために適切な法的相談ができるようにという目的で、弁護士に情報を提供するどのような従業員にも拡張される²⁴ としている。

問題点は、この秘匿特権の主体である「弁護士」(attorney)とは誰かという点である。アメリカの法曹資格をもつ者が該当することは間違いない。諸外国の法曹資格、とくに弁護士免許をもつ者に対してこれが適用されることも疑がない。では、日本の弁理士はどうか、これが問われたのが次に紹介する事件である。

a 日本弁理士との書面が秘匿特権に該当するとしてディスカバリーでの開示を免れることを認めた連邦地方裁判所判決—Eisai Ltd. v. Dr.Reddy's Laboratories Inc., 406 F. Supp. 2d 341(2005)—

(i)はじめに

弁護士資格ある者が依頼者に法的助言を与えるためのコミュニケーションがディスカバリーの開示対象外となることが認められる場合でも、この「弁護士資格ある者」とはどのようなものが問題となる。たとえば日本の弁理士はこの「弁護士として資格ある者」に該当するのか、それについて争われたのが、以下の「エーザイ」事件である。

Eisai Ltd. と Eisai Inc.は、Dr.Reddy's Laboratories Ltd.と Dr.Reddy's Laboratories Inc. (以下、「Reddy」とする。)を相手取り特許侵害で訴訟提起した。Reddy はエーザイ側の特定文書の提出を強制するために動いたが、エーザイはそれらの文書は「弁護士 - 依頼人特権」によって保護されていると主張した。これらの文書は、弁理士 (Benrishi) として知られている日本の法律専門職によって与えられた法的アドバイスを含んだものであった。アメリカの弁理士弁護士であり、特許申請代理人または特許訴訟代理人の働きをする。連邦地方裁判所は、外国の特権法では「礼譲」(comity)を一致させるために日本の弁理士は、アメリカの「弁護士 - 依頼人特権」における「弁護士」と同

一でなければならないという Reddy の議論を退け、日本の弁理士と依頼人の間で作請された協議文書に秘匿特権を認めた。

(ii) 事実の概要

本件は、特許侵害訴訟において原告の Eisai Ltd. と Eisai Inc.（以下「エーザイ」という。）が、被告の Dr. Reddy's Laboratories Ltd. と Dr. Reddy's Laboratories Inc. から、弁理士による法的アドバイスが示された文書等について開示、提出するよう求められた事案である。これに対しエーザイは、求められた文書は「弁護士 - 依頼人特権」によって保護されている文書であるため、提出する必要はないと主張し、まず合衆国治安裁判所にその拒否を申し立てた。

合衆国治安裁判所の Fox 判事は、日本の法律はそのような特権を認めており、アメリカの裁判所は礼譲²⁵の問題としてこれを尊重すべきだとし、また 1998 年に日本の民事訴訟法が改正され、文書提出義務と証言拒否権（日本民事訴訟法 220 条、197 条）が弁理士に拡大されたことにより、それ以降のアメリカ連邦地裁判決もまた今回と同様の結論を出しているとした。つまりエーザイの主張する秘匿特権を認め、Reddy から要請された文書は提出する必要はないとした。この結果を不服として、Reddy は連邦地方裁判所に控訴したものである。連邦地裁は Reddy の申立てを却下し、Fox 判事の決定を支持した。つまり連邦地裁によって、エーザイの主張は「法的決定事項」

（nondispositive matter）²⁶であるとされた。

(iii) 争点

本件での争点は、日本の弁理士（Japanese legal professionals known as Benrishi）によって与えられた法的アドバイス、もしくはそのようなアドバイスを要請した文書について、アメリカの裁判所が「弁護士 - 依頼人間の秘匿特権」を認めるかどうかであった。

Fox 判事のエーザイ側の秘匿特権を認める命令を不服とした Reddy は、連邦地裁に控訴するに当たって、以下のように主張した。第一に、Bristol-Myers 事件²⁷では、外国の特許代理人またはその法的代理人とのコミュニケーションが外国の特許の申請を含む場合は、「礼譲により、米国の弁護士 - 依頼人特権保護と同じものを彼らに与えられるかどうかを考慮する際に外国の法が考慮される」とされているため、²⁸この事件を根拠として、日本の弁理士に対してこれらの特権を広げるべきではない。第二に、Reddy は弁理士と依頼人

の間の特権が、「弁護士 - 依頼人特権」と同種であるかどうかについて決定するのにエーザイは十分な根拠を示していないとし、第三に、Reddy は日本の秘匿特権に関する法はいくつかの重大な側面において合衆国の法とは異なっていると主張した。

この異議申立てに対し、連邦地裁の Lynch 裁判官は次のように判示した。まず Bristol-Myers 事件では、礼譲に従うために外国の特権に関する法が完全にアメリカの「弁護士 - 依頼人特権」法と一致しなければならないとは判決していない。その上 Bristol-Myers 事件では、フランス法の規定が検討の対象として用いられ、そこでは、フランスには弁理士という法律専門職は存在せず、フランス法ではフランスの特許代理人にまで問題となっている秘匿特権を広げることはないことが明らかにされた。つまり Bristol-Myers 事件に倣って本件を検討することは、不正確かつ不適切、もしくはその両方である、とした。

しかし Reddy は、日本の弁理士に与えられている特権は法的なアドバイスだけに限定されておらず、その弁理士の職業上の義務の中で獲得された他の秘密情報をも含んでおり、そうするとそのような特権は弁理士だけに限定されるものではなく、他種の同じような専門職—たとえば、薬剤師や助産師—をも含むことになることを問題点としてあげた。これに対し Lynch 裁判官は、Reddy の主張する日本法がその特権を弁護士以外にまで広げているということが、日本の法律がアメリカの「弁護士 - 依頼人特権」に類似した方法で弁理士とのコミュニケーションを特権付けているかどうかということについては全く関係がないとし、この点について議論の余地がないとした。

第二に Reddy は、日本の秘匿特権は法律専門家に関係するものであって、その依頼人には及ばないと主張した。この主張に対し、Lynch 裁判官は、エーザイは日本の民事訴訟法の条文（民事訴訟法 220 条 4 項²⁹）から、秘匿特権が提出を求められている文書の所持者にも及ぶことは明らかに規定されているとした。

第三に Reddy は、日本の法律によって弁理士 - 依頼人のコミュニケーションに与えられる特権が絶対的ではないとし、特権の目的と開示の必要性のバランスをとることが必要だと主張した。この意見に対して Lynch 裁判官は一応同意し、その主張が当該事件に関連性のあるものであることは認めた。しかしこの Reddy の意見に対してエーザイは、「Reddy が根拠としてあげてきた事件は、特権の目的と開示の必要性のバランスをとることを適用した事件ではなく、そのような特権に例外を与える事件にすぎない」³⁰と反論した。

これらの当事者双方の主張を聞いたうえで Lynch 裁判官は、Fox 判事と同じように、Reddy がおこなった日本の民事訴訟法の解釈は、当事者によって法廷に提出された法的根拠によっては支持されないと結論付けた。

しかし Reddy は、たとえ問題の文書が日本法において特権的であるとしても、“遡及的に (retroactively)” 特権を適用することは合衆国の政策的考慮とは一致しないものとして、再び拒否されるべきだと主張した。それに対し Lynch 裁判官は、論争中の文書の多くが 1998 年以前に作成されたとしても、Reddy は下級審治安判事の前でその点に関する主張を全く示さなかった、と指摘した。Lynch 裁判官は、1998 年以前に「弁理士 - 依頼人特権」という考えが日本に存在しなかったとしても、日本では、より広い自由な文書提出という改革を導入したのであり、その主旨からすれば、1998 年以前の文書もその対象となるのは当然であり、また日本の法規が遡及して適用できると定めている³¹とした。

最後に、Lynch 裁判官は、「当事者はこの申立てに関して様々な文書を提出し、それらには Reddy から開示されていない訴答に関するメモと法律に関するメモが含まれている。Reddy のこれらの文書に表紙には“高い秘匿性のある情報を含むものである”、と書かれているが、そのことを正当化する理由は見当たらない。そして民事訴訟を含む法的手続は、公に行われることになっている。秘密の情報の保護については、公にすることよりも保護の必要性があるときにのみ行われる。つまり公的なものとして申立てが行われる中で、当該文書が秘匿による実質的な利益を保護することが求められる範囲内であるときのみ、封印することが許される。したがって、Reddy の法律メモ（メモと関連して提訴された宣誓供述書と証拠書類と同様に）は、開示し、直ちに提出せよ。」³²と判決した。

(iv) まとめ

ニューヨーク南部地区連邦地裁の Lynch 裁判官は、外国の特許代理人もしくは弁護士とのコミュニケーションが外国の特許出願を含んでいる場合、「礼譲の問題として、その外国の法律は、その法律が弁護士 - 依頼人特権に相当する特権を与えているとみなされているかどうかに関して検討される」と述べた。同裁判所は、日本の民事訴訟法の条文は、秘匿特権を Benrishi によって作成される文書にまで広げるために 1998 年に改められたと説明した。その条文では、Benrishi がその資格ゆえに職業上で得た秘密の情報について証言する必要はないと規定している。そのうえ、その条文により、そのような秘密の情報の所待者が、情報の提出を拒否することができるとしたのである。

本判決は、日米の特許訴訟において、今までアメリカもしくは日本の弁護士にしか認められていなかった弁護士 - 依頼人間の秘匿特権が、日本の弁理士に

まで認められるようになったという点で意義がある。日本では、弁理士という職業は、特許・実用新案・意匠または商標に関する登録出願等の代理もしくは鑑定などにおいては弁護士よりもより専門的であるということは広く認知されている。その大きな違いは、弁護士は単独での訴訟活動が許されているのに対し、弁理士にはそれが制約されているという点である。一方、アメリカでは弁護士の専門性が卓越しており、もちろん特許専門の弁護士（patent attorney）が存在する。つまりアメリカの特許弁護士は、日本でいう弁理士の能力を兼ね備えた弁護士ということになる。このことを前提とすれば、本判決での Lynch 裁判官の決定は、当然とも思える。³³

イ 「ワーク・プロダクト」(work product)

他方、ワーク・プロダクトは、1947年のヒックマン事件³⁴における連邦最高裁判決で確立した。情報の守秘性について弁護士の全てのワーク・プロダクトが民事上のディスカバリーから少なくとも合法的免除を享受し、訴訟を前提として集めた弁護士の所有する情報の開示を相手方弁護士が求めることは、その必要性和正当性を示す立証がなされない限りできない、との法的保護が与えられるようになった。ヒックマン判決において、連邦最高裁は、弁護士の受任をするか、または受任予定の事件についての印象、意見または戦略を反映した情報のどのような部分についてもワーク・プロダクトとしてディスカバリーから完全に免れる権利があるとした。³⁵この判決によって、ワーク・プロダクトは、「訴訟に備えて行われる弁護士の仕事を保護する」³⁶ものとなった。

今日もなお、ヒックマン判決で明確化されたワーク・プロダクト原理が重要な役割を果たしている。ヒックマン判決によって枠付けられた以下の三点は、現代のワーク・プロダクト論争を解決するのに重要な指針だとされている。³⁷

それは、（１）予期される訴訟への準備過程で弁護士によって収集された資料はディスカバリーにおける開示から保護される。（２）相手当事者が、資料開示について十分な必要性を示すことによってのみディスカバリーを得る可能性があるという点で、保護が認められる。そして、（３）弁護士の思考、すなわち、理論、分析、印象、信念などは、弁護士の法的戦略思考に不可欠である。つまりこれらは、ワーク・プロダクトを構成すると考える情報の保護にとっては、絶対的でないにしても欠くことのできない要件である。

また、ワーク・プロダクト理論は、ワーク・プロダクトが弁護士以外の人によって準備された資料をも含むことから、弁護士－依頼人特権に比べてより包括的であるということができる。³⁸例えば、マサチューセッツ地方裁判所は、

「ワーク・プロダクトは、弁護士 - 依頼人特権より広範囲で、依頼者への開示の有無にかかわらず弁護士によって準備された情報を守る。そして、それは弁護士の代理人によって準備される情報をも保護する」とし、そのためワーク・プロダクトは「弁護士による慎重で、完全な準備を奨励するもの」と言われている。³⁹

他方、ワーク・プロダクトであっても、ディスカバリーを求めている当事者が資料を必要とし、他の方法では実質的にその資料と同等なものを入手することができないことが立証されると、ディスカバリーの対象となる可能性もある。⁴⁰しかし、このワーク・プロダクトルールを超えてディスカバリーを主張する者は、相当高い程度の立証をしなくてはならない。しかもこの立証責任が果たされたと思われる場合であっても、連邦民事訴訟規則は、ディスカバリーを監督する裁判所は、「訴訟に関する弁護士または当事者の他の代理人の印象、結論、意見、または法律理論の開示に関しては、まずもってこれを保護しなくてはならない」としている。⁴¹

訴訟準備段階では依頼者の利益のために訴外の第三者にワーク・プロダクトを参照させ、より有利な情報を得ようとすることも行われている。ワーク・プロダクトの第三者への開示は必ずしもワーク・プロダクト保護の放棄を意味するものではないが、しかしながら、「ワーク・プロダクトが、訴訟の相手方の手の中に落ちるであろうという可能性を実質的に増大させる」場合には、ワーク・プロダクトの保護が放棄されることになる。⁴²しかし、ワーク・プロダクト保護の放棄の範囲は、必ずしも弁護士 - 依頼人特権の放棄と同じ状況にあるとはいえない。⁴³というのも第三者への弁護士 - 依頼人間のコミュニケーションの開示は、それらのコミュニケーションについて弁護士 - 依頼人特権を主張できなくする可能性があり、それは、特権によって守られる守秘性の原理は、その開示によって破壊されないにしても汚されると考えられるからである。⁴⁴他方、ワーク・プロダクトに基づくディスカバリーへの異議申立ては別に主張されなければならない。なぜなら、ワーク・プロダクトによる異議は、弁護士 - 依頼人特権には自動的に包含されていないからである。⁴⁵

いつ、どのような場合に、ワーク・プロダクトが放棄されると見なされるのか。またそれは弁護士 - 依頼人特権の場合と同じなのかについて問題になる。とくに、特許権侵害訴訟において、非侵害の事実を外部の弁護士に依頼し、その意見書が抗弁として出されたときにそれが顕著な問題として表れる。以下の事案ではそのような点が争われた。

a 故意侵害訴訟に対して外部弁護士の意見書を抗弁とすることは企業

内弁護士のワーク・プロダクトや弁護士 - 依頼人特権の放棄となるか—
In re Seagate Technology, 497 F.3d 1360, 2007 U.S. App. LEXIS 19768 (2007) —

(i)はじめに

特許訴訟等で問題となる外部弁護士の「意見書」を抗弁として提出する場合、これは、ワーク・プロダクトの放棄となるのであろうか。あるいは弁護士 - 依頼人特権の放棄となるのであろうか。それが争われたのが、以下のシーゲート事件である。

民事訴訟では、原告から権利侵害を主張されたときに、被告として故意または過失による侵害行為の事実のないことを示すために、被告は弁護士の意見書を抗弁として提出することがある。しかしこれは同時に同弁護士のワーク・プロダクトを根拠とするディスカバリーを免れる特権の放棄を意味することになる。このような場合、被告はどの範囲まで弁護士による非開示特権を放棄したと考えるべきかが問題となる。被告が特許の非侵害あるいは特許無効について専門弁護士の意見書を抗弁として用いることはよくあり、この場合、原告から被告の「弁護士 - 依頼人特権」が放棄されたことになることを主張することがある。またいくつかの裁判所もそれを支持している。

本件の *In re Seagate* においては、故意による特許侵害に対して企業外の弁護士の意見書を抗弁として出した場合に、放棄を認めたワーク・プロダクトだけでなく、それが当該特許訴訟にかかる被告の企業内弁護士全体のワーク・プロダクトや「弁護士 - 依頼人特権」の放棄にまで拡大されるか、について否定的判断がなされたものであり、特許権の故意侵害訴訟において意見書を抗弁として出した場合のワーク・プロダクトの扱いや企業内弁護士との弁護士 - 依頼人特権の法的限界を示したものである。⁴⁶

(ii)事実の概要

原告の Convolv 会社およびマサチューセッツ工科大学 (MIT) (以下、「コンボルヴ」とする。) は、被告の Seagate 会社 (以下、「シーゲート」とする。) に対して三つの故意特許侵害 (willful infringement) があると訴えていた。

この訴訟に先立って被告のシーゲートは、企業外の弁護士 (ジェラルド・セキムラ氏) を雇用して、コンボルヴの特許に関する意見書の提出を求めている。このセキムラ弁護士は、それに応じて三通の意見書をシーゲートに提出した。

そのうち第一の意見書は、訴訟が提起されたあと、被告が受け取ったものであり、その意見書ではコンボルヴのシーゲートに対する特許侵害申立ての多くは根拠がなく、シーゲートの製品は特許侵害をしていないというものだった。残りの二つの意見書も、同様に特許侵害に関しては否定的なものであった。この意見書を提出したセキムラ弁護士は被告であるシーゲートの審理担当弁護士（trial counsel）とは独立しており、また別個にその任に当たっていたものである。

コンボルヴの訴訟提起にもとづいて、連邦地裁が訴訟期日の打合せをする際、シーゲートは、コンボルヴに対して特許の故意侵害への抗弁として上記三点のセキムラ弁護士の意見書に依拠する旨を告知し、そのためセキムラ弁護士の「ワーク・プロダクト」のすべてを開示し、セキムラ弁護士は証言録取に応じる用意があったとした。それを受けて原告のコンボルヴは、シーゲートの審理担当弁護士を含む同社の他の弁護士が行った通信と当該訴訟に関する「ワーク・プロダクト」もディスカバリーの対象として開示することを求めた。

この点について、連邦地裁は、セキムラ弁護士の意見書に関する事項、すなわち問題となっている特許の侵害性、無効性および実行可能性に関して、シーゲートが審理担当弁護士と企業内弁護士（in-house counsel）を含む弁護士とシーゲートとのすべての通信についての「弁護士 - 依頼人特権」を放棄したものであるとした上で、セキムラ弁護士の意見書に関する文書と、証言録取に応じることをシーゲートに命じた。⁴⁷

一方で、同裁判所は、本件にかかる被告の訴訟戦略に関する文書については、イン・カメラ（in camera）手続で検討するとした。その上で、同裁判所は、この点についてセキムラ弁護士の意見書から影響を受けた可能性のある審理担当弁護士からのアドバイスについては開示すべきである、と決定した。これらの決定をうけてコンボルヴは、問題の特許の侵害性、無効性および実行可能性に関して、シーゲートの審理担当弁護士に対する証言録取を行うと通知した。シーゲートは、意見書の提出と同社の弁護士の証言録取を行うことを認めた同地裁の決定に対して異議申立てをしたが却下されたので、その取消しを求め、連邦控訴裁判所に控訴した。⁴⁸

(iii) 争点

本件のディスカバリーの範囲に関する争点は、（１）第一に、特許の故意侵害に対する外部弁護士のアドバイスを訴訟当事者が抗弁として用いることは、企業とその審理担当弁護士との通信を含む「弁護士 - 依頼人特権」の放棄にま

で拡大されるか、(2) 第二に、そのような「弁護士 - 依頼人特権」の放棄は「ワーク・プロダクト」免責にどのような影響を与えるか、さらに、(3) 「弁護士 - 依頼人特権」の放棄の問題に関して、本裁判所は従来のアンダーウォーター・デバイス事件⁴⁹の決定と注意義務の基準自体を見直すべきか、である。

50

(iv) 連邦控訴裁判所判決

本裁判所は、抗弁に伴う特権の放棄の範囲についてエコスター判決ですでに述べてきたとし、それを、以下のように要約した。(1) 故意侵害に対して企業内の弁護士のアドバイスを抗弁として用いる場合には、「弁護士 - 依頼人特権」の放棄をもたらすこと、(2) この場合には、当該事件の「同一の主題」(same subject matter) に関する弁護士と依頼人の通信を記録した書面の提出だけでなく、その通信に関する「ワーク・プロダクト」と「弁護士 - 依頼人特権」の放棄も含む、とした。しかし、その放棄は、特許侵害したとされる者以外の者との通信についての「ワーク・プロダクト」には及ばないとしていた。⁵¹ところが、そのような放棄が、審理担当弁護士の「ワーク・プロダクト」や、特許侵害したとされる者との「弁護士 - 依頼人特権」の放棄を含むかについては、本裁判所は、判断していないとした。⁵²

(1) 「弁護士 - 依頼人特権」の範囲について

そもそも、「弁護士 - 依頼人特権」は依頼者にあるのであり、その依頼者だけがそれを放棄することができる。これまでの判例法では、この「放棄」の範囲は、当該事件の「同一の主題」に関するすべての通信ということになっている。本件で裁判所は、「この広めの範囲は、フェアネス (fairness)、つまり公正の原則に基づいているのであり、当事者がそのような弁護士からのアドバイスについて、当事者が自分に有利な情報を抗弁として用い、不利な情報を特権で隠すというような『盾と矛 (たてとほこ)』のように同時に使うことを避けるためである。」⁵³とした。

そこで本件の争点は、意見を提出した弁護士 (意見弁護士) のそのような放棄が、審理担当弁護士の「弁護士 - 依頼人特権」にまで及ぶかである、とした。これまで、連邦最高裁は、ヒックマン判決において審理担当弁護士の思考 (thoughts) を保護する必要性を認識してきた。⁵⁴つまり同判決で最高裁は「弁護士にとっては、相手側当事者とその弁護士からの不必要な侵害から自由に、ある程度のプライバシーを維持しながら働くことが必要である。」⁵⁵とし

た。本件で裁判所は、事件についての適切な準備は、不当で必要ない妨害なしに訴訟戦略を計画することを要求する。それは法的に進行するため、また依頼人の利益を保護するために認められた歴史的に必要な方法である、との立場をとった。

連邦最高裁は、ヒックマン判決と同様に弁護士の思考自体に対してまでディスカバリーを許すことは、非能率性、不公正、および校滑な手段をもたらすであろう、とした。それはまた法律専門職を困惑させることになるし、それによって依頼人の利益だけでなく正義の実現が損なわれるであろう、⁵⁶とした。ヒックマン判決は、「ワーク・プロダクト」の保護に関心を寄せたものであったが、審理担当弁護士と依頼人の間で維持される「弁護士 - 依頼人特権」は、特許訴訟においてヒックマンと同じ関心を提起している。

したがって第一の争点について、本控訴裁判所は、意見書を示した弁護士の意見を抗弁として主張し、それを開示することは、企業とその企業の審理担当弁護士との通信に関する「弁護士 - 依頼人特権」の放棄を構成するものではない、とした。⁵⁷

故意侵害の争いがあるとき、訴訟前の審理担当弁護士の行為にその根拠を見つける必要性があるとする、その段階での審理担当弁護士の秘匿的コミュニケーションはほとんどないことになるため、故意侵害に対する部外弁護士の抗弁を起因とする放棄があったとしても審理担当弁護士の守秘義務を守ることが支持される、と控訴裁判所はいう。この点、シーゲートの部外弁護士の意見は、提訴後にも出されているため、審理担当弁護士のコミュニケーションは、放棄の対象となっているように思われる。しかし、提訴後の部外弁護士の意見に審理担当弁護士が依存することはほとんど意義を有していないようだ、と裁判所は述べた。その上で、「一般的定理として、部外弁護士の忠告を主張することと、部外弁護士の意見を開示することは、審理担当弁護士とのコミュニケーションに関する弁護士 - 依頼人特権の放棄を構成する訳ではない」、と判断し、⁵⁸「私たちは絶対的ルールを確立しようとしているのではない。そうではなく、事実審裁判所自体が、当事者もしくは弁護士がごまかしに従事したような場合は、審理担当弁護士に対する秘匿特権にまで放棄を広げることのできる自由な裁量権を有しているのである。」と述べた。⁵⁹

(2) 審理担当弁護士のワーク・プロダクトについて

つぎの問題は、意見弁護士の特権の放棄が、審理担当弁護士のワーク・プロダクトにまで広げられるかどうかである。「ワーク・プロダクト」法理は、対審構造の当事者対等のバランスをとること、すなわち、依頼人を代理している弁護士の準備の促進と、紛争解決のためにすべての真実と重要事実を明らかに

する社会の一般的利益の実現を目的としている。⁶⁰

一般的に、「弁護士－依頼人特権」は、法理上、開示請求からの絶対的保護を与えられているが、他方、「ワーク・プロダクト」法理は、相対的であり、必要性によって一定の制約を受ける。しかしながら、弁護士の事件に関する「印象」のような精神的なプロセスの結論を伴う知的過程のワーク・プロダクトは、より絶対的であり、ほとんど完全な保護さえ与えられる。

ここで、同裁判所は、「審理担当弁護士の弁護士－依頼人特権の放棄の制限と一般的に同じ論理的根拠で、ワーク・プロダクト理論の本質によって、審理担当弁護士のワーク・プロダクト放棄は制限されるのである。それというのもワーク・プロダクトの開示の問題から弁護士を保護することは、当事者主義を強固にし、最終的にそして理想的に真実の探索を促進しているからだ」⁶¹とする。そしてコンボルヴがディスカバリーで要求した審理担当弁護士の知的過程については、開示からの最大の保護を享受するものである、とした。

したがって、第二の争点については、意見書を示した弁護士の「ワーク・プロダクト」に抗弁を依拠させることは、審理担当弁護士に関する「ワーク・プロダクト」による特権までも放棄したものではない、とされた。

本件において、コンボルヴは、シーゲートの審理担当弁護士の証言録取を求めた。しかし本裁判所は、ヒックマン判決を根拠にして、「ワーク・プロダクト」の保護は非具体的（non-tangible）なワーク・プロダクトにも適用されるとした。そうでなければ、弁護士の文書ファイルは、ディスカバリーからの保護を受けるが、弁護士自身は証言録取を受けるという事態に対してワーク・プロダクトに基づく異議を申し立てられないということになるからである。

この争点について、同裁判所は、「最終的にワーク・プロダクト理論は、連邦民事訴訟規則 26(b)(3)において部分的に成文化された。そしてそれは文書と具体的なものにワーク・プロダクトによる保護を適用させている。裁判所は『非具体的な』（non-tangible）ワーク・プロダクトにもヒックマン判決を適用し続けてディスカバリーの要求を絶っている。このことは、ここで関連性があるといえる。というのもコンボルヴは、シーゲートの審理担当弁護士のワーク・プロダクトまで拡大することを求めたからである。私たちはワーク・プロダクト保護が、ヒックマン事件のもとでは『非具体的な』ワーク・プロダクトに対しても利用できるということに同意している。そうでなければ、弁護士の作成した文書はディスカバリーから保護される一方で、弁護士自身が証言録取に対して応じざるを得なくなり、ワーク・プロダクトの異議を申し立てられないだろうからだ。」と述べた。⁶²

(3) アンダーウォーター・デバイス（Underwater Devices Inc.）事件の基準について

故意特許侵害で提訴されると被告はたいてい部外弁護士による意見を抗弁として主張する。典型的な部外弁護士の意見は、特許が無効または実行できないものであるとか、あるいは侵害はないという点の主張を含んでいる。

本件では、裁判所は、部外弁護士によって被告に故意侵害のないことの抗弁と、「弁護士－依頼人特権」と「ワーク・プロダクト」理論に対するその職務上の関係如何に直面した。裁判所は、本件を、アンダーウォーター・デバイス事件⁶³以来の連邦最高裁の意見と、近年訴訟当事者が直面している現実的な関心事に照らした上で、故意侵害との絡みでディスカバリーを免れる権利の放棄の範囲を部外弁護士の忠告から審理担当弁護士の「ワーク・プロダクト」にまで拡大するかどうかの機会ととらえた。

そこで、裁判所は、アンダーウォーター事件において故意侵害を評価するための基準の再検討をおこない、改めて故意の基準を確認した。すなわち「潜在的な侵害者がその他の特許権について実際に情報を持っている場合、潜在的侵害者は侵害しているか否かの決定に対して相当な注意を行使する積極的な義務がある。すなわち、侵害可能な活動について開始する以前に、とくに有益な法的忠告を求め、それを得るという積極的な義務が含まれている。」とした。⁶⁴

アンダーウォーター事件以来、裁判所は、故意侵害の事件において、特に「弁護士－依頼人特権」と「ワーク・プロダクト」理論に関して現実的な関心事を認識してきた。裁判所は、そこで告発された侵害者が、故意侵害の認定からそれ自身を保護するために特権を放棄することと、特権を維持することとの間の選択を強制されるべきでないと注意し、適切な場合におけるイン・カメラ手続や分離した審理がこれらの不安を軽減すると忠告した。しかし、その一方で、裁判所は、「弁護士－依頼人特権」もしくは「ワーク・プロダクト」理論が損なわれるようなことはないとしてきた。この点は、エコスター判決に明らかであって、抗弁のために利用される弁護士によるアドバイスによって、特権を放棄することを審理担当弁護士によるそれと同じとは考えていないのである。

65

(v) 考察

本件訴訟において、連邦控訴裁判所は、被特許人の故意侵害の主張に対する部外弁護士による抗弁の主張が弁護士－依頼人特権の放棄と被告の訴訟弁護士との通信に関するワーク・プロダクトの免除にまで拡張すべきかどうかにつ

いて判断を行った。

本件の原審判決では、故意侵害に対する抗弁としてその企業内弁護士に依存したエコスター事件の判決を引きながら、それを適用し、弁護士－依頼人特権とワーク・プロダクトの免除を放棄したと判断した。しかしながら、本件シーゲート控訴審判決は、訴訟弁護士の特権とワーク・プロダクトの免除を扱う場合には、故意侵害の申し立てに関する意見弁護士の文書の提出は、訴訟弁護士との通信に関する弁護士－依頼人特権の放棄をしたわけではないと明確に述べた。⁶⁶

この重要な決定は、本控訴裁の裁判官の全員一致で判示され、故意特許侵害を証明するための厳格な基準を設定する一方で、他方でこのようにディスカバリーの範囲について、当事者主義の裁判における弁護士－依頼人特権の重要性を再確認した。特許事件の被告は、故意侵害主張に対して意見弁護士のアドバイスを得て、抗弁の一部として提出したが、本判決で控訴裁は、「弁護士－依頼人特権は、私たちの当事者主義の中心に存在する」とし、またそれが「法の遵守と、裁判所におけるより広い公益を推進し」、「弁護士と彼らの依頼者間の完全で自由な通信を推奨する」⁶⁷とした。

本判決が言うように、ヒックマン判決のワーク・プロダクト法理の一部は、1970年の連邦民事訴訟規則 26(b)(3)および 26(b)(4)に明文化された。それは「ディスカバリーを求めている当事者が、事件を準備するために情報を得ることに相当な必要性のある」こと、および「不当な困難」(undue hardship)なしにはどこか他で資料を得ることができないことを示したときだけに、訴訟を予想して準備された「文書」と「具体的なもの」だけに対するディスカバリーを定めている。さらに、弁護士の「心の中での印象、結論、意見または法的理論」は開示される必要はないと規定されている。このように、訴訟を予想して準備される全ての文書は、単に法的戦略あるいは意見を含む文書だけでなく、民事ディスカバリー規則の下では、少なくとも条件付きの特権によって保護されており、相当な必要性を示すことだけによって、民事上のディスカバリーにおいて提出されなければならない。

この点、これまでは、「ワーク・プロダクト」保護の放棄があった場合は、どの程度まで、その放棄の効果があるのかについて判例は必ずしも統一されてはいなかった。本判決は、故意侵害の抗弁として出された部外弁護士の意見についてその「ワーク・プロダクト」を放棄する場合であっても、それは抗弁の内容に関する弁護士の「ワーク・プロダクト」にとどまるのであって、抗弁に基づくワーク・プロダクト放棄があるからと言って、ディスカバリー請求からの保護が与えられている審理担当弁護士との間の通信を含む「弁護士－依頼人特権」や「ワーク・プロダクト」までを放棄することにはならないことを明確にし

た判決となっている点で意義があると思われる。

¹ アメリカのディスカバリーは、原則として裁判所を通さず当事者間で行われるのに対し、日本の文書提出義務は裁判所の命令によって課される。また、アメリカのディスカバリーの範囲が証拠だけでなく、争点、事実、証拠に関するすべての情報を対象とするのに対し、日本の文書提出義務は証拠調べに必要な文書についてのみ認められる。当事者間のこの全面的な情報開示は、情報収集における当事者間の不公平をなくし、訴訟の迅速性を促し、しかもディスカバリーを通して訴訟上の争点の明確化が可能となるため、法廷での審理を集中して行うことができる。この点、たとえば日本の民事訴訟法 220 条 4 号ニの自己使用文書と営業機密情報の違いはどのようなものかについて日本の民事訴訟の争点の一つになっていることからすれば、アメリカの民事訴訟法における保護命令の適用例と正当事由の範囲を検討することは日本の文書提出命令を検討する際にも参考になると思われる。

² 主に、Robert E. Keeton, *The Function of Local Rules and the Tension with Uniformity*, 50 U. PITT. L. REV. 853 (1989), および William H. Erickson, *Symposium: Reducing Court Costs and Delay: Colorado's Answer to the Local Rules Problem*, 16 U. MICH. J.L. REFORM 493 (1983) を見よ。特許紛争とローカル・ルールにつき、Ellisen S. Turner, Note: *E Swallowing the Apple Whole: Improper Patent Use by Local Rule*, 100 MICH. L. REV. 640 (2001), および Alfonso Garcia Chan, *Proposed Patent Local Rules for Adoption by Texas' Federal District Courts*, 7 COMP. L. REV. & TECH. J. 149 (2003) 参照。

³ 世界的にも歴史的規模においても、現代のアメリカのディスカバリー制度は、他の国や時代のどれよりも、証拠の収集力としてははるかに大規模なものである。訴訟のための情報を引き出すそのような広い権限は、判決のために必要とされる情報の収集手段としても正当なものと認められている。Howard M. Erichson, *Court-Ordered Confidentiality in Discovery*, 81 CHI-KENT. L. REV. 357, 373 (2006).

⁴ この点につき、古典的研究では、Robert Millar, *Wyness Mechanism of Fact-Discovery: A Study in Comparative Civil Procedure*, 32 ILL. L. REV. 261 (1937-1938) が参考となる。ディスカバリーの目的、現実的効果を論じたものとして以下のものを参照。Scott Dodson, *Article: New Pleading, New Discovery*, 109 MICH. L. REV. 53 (2010); Marissa L. P. Caylor, Note: *Modernizing the Hague Evidence Convention: A Proposed Solution to Cross-Border Discovery Conflicts During Civil and Commercial Litigation*, 28 B.U. INT'L L.J. 341 (2010); Mia Mazza, Emmalena K. Quesada, and Ashley L. Sternberg, *Article: In Pursuit of FRCPI: Creative Approaches to Cutting and Shifting the Costs*

of Discovery of Electronically Stored Information, 13 RICH. J.L. & TECH. 11 (2007); Lonny Sheinkopf Hoffman, *Article: Access to Information, Access to Justice: The Role of Presuit Investigatory Discovery*, 40 U. MICH. J.L. REFORM 217 (2007); Adam D. Pollock, *Department: Legal Trends: Mandamus to Prevent Mass Tort Discovery Abuse*, 45 HOUSTON LAWYER 33 (2007); Cassandra Burke Robertson, *Article: Appellate Review of Discovery Orders in Federal Court: A Suggested Approach for Handling Privilege Claims*, 81 WASH. L. REV. 733 (2006); Blake A. Watson, *Article: John Marshall and Indian Land Rights: A Historical Rejoinder to the Claim of "Universal Recognition" of the Doctrine of Discovery*, 36 SETON HALL L. REV. 481 (2006); Andrew T. Wampler, *Feature Story: Ethics and Management of E-Discovery*, 44 TENN. B.J. 22 (2008); Jason G. McCuistion, *Comment: Discovery - Thomas v. Oldfield: Protecting the Necessary Boundaries of Discovery While Recognizing the Realities of Modern Litigation*, 40 U. MEM. L. REV. 485 (2009); Thomas A. Cooper, *Comment: Jurisdictional, Procedural, and Economic Considerations for Non-Party Electronic Discovery*, 59 EMORY L.J. 1339 (2010); Julie M. Giddings, *Note: The Interaction of the Standing and Inevitable Discovery Doctrines of the Exclusionary Rule: Use of Evidence Illegally Obtained from the Defendant and a Third Party*, IOWA L. REV. 1063 (2006); Joseph Gallagher, *Current Development 2006-2007: E-Ethics: The Ethical Dimension of the Electronic Discovery Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure*, 20 GEO. J. LEGAL ETHICS 613 (2007).

⁵ FLEMMING JAMES, JR., GEOFFREY C. HAZARD, JR. & JOHN LEUBSDORF, CIVIL PROCEDURE § 5 (Foundation Press, 4th ed. 1992). 民事訴訟で当事者によって情報を得ることができる唯一の手段はディスカバリーだけではなく、ディスカバリーに代替できる重要な手段は他にも考えられる。例えば「情報公開法」(Freedom of Information Act)がある。これを用いれば、獲得が困難な政府機関の所持する記録へのアクセスが許される。

⁶ *Id.* § 5.2, at 235-36.

⁷ *Id.* at 236.

⁸ *Id.* at 236-37.

⁹ *Id.*

¹⁰ *Upjohn Co. v. United States*, 449 U.S. 383, 389 (1981).

¹¹ JOHN HENRY WIGMORE, EVIDENCE § 2290 542 (John T. McNaughton ed., rev. ed. Little Brown, 1961).

¹² *Id.* at 543.

¹³ ウィグモアは、コモンロー証拠法の権威である。その著書に、TREATISE ON

THE ANGLO-AMERICAN SYSTEM OF EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW があり、通常 “Wigmore on Evidence” または、 “Wigmores” として引用される。

¹⁴ See Wigmore, *supra* note 11, § 2285, at 527. United States v. United Shoe Mach. Corp., 89 F. Supp. 357, 358-59 (D. Mass. 1950); see also *In re Grand Jury Investigation*, 599 F.2d 1224, 1233 (3d. Cir. 1979); Douglas R. Richmond, *The Attorney-Client Privilege and Associated Confidentiality Concerns in the Post-Enron Era*, 110 PENN. ST. L. REV. 381, 385 (2005).

¹⁵ *Id.* at 389.

¹⁶ See Upjohn Co., 449 U.S. at 389. 本訴訟では、上告人 Upjohn 社は、米国と外国とにおいて薬剤を製造し販売している。1976 年 1 月に、Upjohn の外国子会社の会計監査を実施している独立会計士は、当該子会社がビジネス上の理由から外国政府高官のための支払いをしたことに気づいた。この会計士は上告人 Upjohn の副社長ジェラルド・トーマス、秘書、及び法律顧問にそれを知らせた。トーマスはミシガン州とニューヨーク州の弁護士資格を有しており、20 年間 Upjohn の法律顧問をしている。彼はこの点につき Upjohn の取締役会長に相談した。会社では「不正支払い」とされたものについての内部調査の実施が決められた。この調査の一環として、弁護士は、会長の署名入りで、「すべての外国の総務及び地域支配人」に宛てた質問表を含む手紙を準備した。手紙では、最近の開示によって、アメリカのいくつかの会社が外国の政府高官への「ことによると不法」な支払いをしたことに注目するということから始めて、Upjohn によってなされたそのような支払いについて経営陣に詳しい情報の報告が必要であることを強調していた。本件ではこの弁護士の起案した手紙の開示が問題となった。See Upjohn Co., 449 U.S. at 386-87.

¹⁷ See Upjohn Co., 449 U.S. at 389-91 参照、関戸麦「日本企業が米国民民事訴訟で経験する手続法上の論点 PART 5」NBL 815 号 42-50 頁 (2005 年)。

¹⁸ この特権は、16 世紀イングランドで確立されたといわれている。See Julia Thomas-Fishburn, *Attorney-Client Confidences: Punishing the Innocent*, 61 U. COLO. L. REV. 185, 186 (1990).

¹⁹ EDNA SELAN EPSTEIN, *THE ATTORNEY-CLIENT PRIVILEGE AND THE WORK-PRODUCT DOCTRINE* 1, at 13 (3d ed. 1997).

²⁰ See Upjohn Co., 449 U.S. 383 (1981). See Richmond, *supra* note 14, at 385.

²¹ Natta V. Zletz, 418 F.2d 633, 637 (7th Cir. 1969). See Susan J. Becker, *Discovery of Information and Documents from a Litigant's Former Employees: Synergy and Synthesis of Civil Rules, Ethical Standards, Privilege Doctrines, and Common Law Principles*, 81 NEB. L. REV. 868, 953 (2003).

²² See *Upjohn Co.*, 449 U.S. at 394.

²³ *Id.* at 390-92.

²⁴ *Id.* at 391-92. 元従業員に関しては、*See Becker supra* note 21, at 954 以下が詳しい。

²⁵ 礼讓 (comity) とは、「権利の問題としてではなく、好意や、外国または他州の判断に対する尊敬に基づいて行為がなされ、措置がとられるときに用いられる言葉。ある国の判決が他国で承認されることの根拠が拘束力ある法的準則ではなく、礼讓に求められることがある。」田中英夫『英米法辞典』(1991年)より。

²⁶ See Fed. R. Civ. P. 72(a). 「法的決定事項」については、連邦民事訴訟規則 72(a)にて、「請求の非処分事項または当事者の抗弁以外の事実審理前の聴聞あるいは決定を受命した治安判事は、必要とされる手続を迅速に行わなければならない、妥当な場合は、事案の決定を推し進める書面による命令をなさねばならない。治安判事の命令の写し送達後 10 日以内に当事者は、その命令に対する異議を申し立てることができる。…事件を受任する地裁裁判官はその異議について検討し、治安判事の命令に明白な誤りあるいは法律違反を認めた場合には、どの部分であれ修正しまたは取り消さなければならない。」と規定されている。

²⁷ *Bristol-Myers Squibb Co. v. Rhone-Poulenc Rorer, Inc.*, 1998 U.S. Dist. LEXIS 4213, (1998).

²⁸ *Id.* at 342-343.

²⁹ 民事訴訟法 220 条 (文書提出義務)

次に掲げる場合には、文書の所持者は、その提出を拒むことができない。

一 当事者が訴訟において引用した文書を自ら所持するとき。

二 挙証者が文書の所持者に対しその引渡し又は閲覧を求めることができるとき。

三 文書が挙証者の利益のために作成され、又は挙証者と文書の所持者との間の法律関係について作成されたとき。

四 前三号に掲げる場合のほか、文書が次に掲げるもののいずれにも該当しないとき。

イ 文書の所持者又は文書の所持者と第百九十六条各号に掲げる関係を有する者についての同条に規定する事項が記載されている文書

ロ 公務員の職務上の秘密に関する文書でその提出により公共の利益を害し、又は公務の遂行に著しい支障を生ずるおそれがあるもの

ハ 第百九十七条第一項第二号に規定する事実又は同項第三号に規定する事項で、黙秘の義務が免除されていないものが記載されている文書

ニ 専ら文書の所持者の利用に供するための文書 (国又は地方公共団体が所持す

る文書にあっては、公務員が組織的に用いるものを除く。)

ホ 刑事事件に係る訴訟に関する書類若しくは少年の保護事件の記録又はこれらの事件において押収されている文書

³⁰ See Rorer, 1998 U.S. Dist at 344.

³¹ 民事訴訟法附則 3 条以下、参照。

³² See Rorer, 1998 U.S. Dist at 345.

³³ この判決は、Lynch 裁判官が日本の法律を十分に調べ、理解していたからこそ導き出せた結論だと思う。日本企業にとってアメリカは経済活動の場として切っても切り離せない関係にあり、日本企業の多くはアメリカに、子会社や支店を置いている。そのために日本企業がことあるごとにアメリカの企業から訴訟を提起されることはこれからもますます増えることが予想される。アメリカの民事訴訟には、ディスカバリー手続、民事陪審制度そして懲罰賠償制度など、日本にはない制度が多く存在する。そのため、日本企業にとっては、訴訟に応じるよりも当事者同士の「話し合い」や和解で解決したほうが有利との判断が働くかもしれない。しかし、アメリカの民事訴訟におけるこれらの制度は、日本企業にとって決して不利なものではない。むしろこのような制度は、日本企業が積極的に活用すべき制度ということができる。まさに、本判決は、特許訴訟におけるディスカバリー手続の中で、秘匿特権を弁理士にまで認めさせたものである。日本企業による積極的な訴訟活動の成果ということができよう。

³⁴ Hickman v. Taylor, 329 U.S. 495, 67 S. Ct. 385 (1947) 参照、竹下守夫「Discovery」ジュリスト英米判例百選<第一版> 245 頁 (1964 年)、「ディスカバリーの範囲とワーク・プロダクトの法理」ジュリスト英米判例百選 136 頁 (1996 年) 及び、住吉博「ヒクマン原則の成立と展開」法学新報 73 巻 1 号 35 頁 (1966 年)、同 2・3 号 95 頁 (1966 年)。

³⁵ See Hickman, 329 U.S. at 510-11.

³⁶ *In re Grand Jury Proceedings*, 33 F.3d 342, 348 (4th Cir. 1994).

³⁷ See EPSTEIN, *supra* note 19, at 291.

³⁸ See *Coastal States Gas Comm. v. Dept. of Energy*, 617 F.2d 854, 862 (D.C. Cir. 1980). *In re Grand Jury*, 106 F.R.D. 255, 257 (D.N.R. 1985).

³⁹ *In re Grand Jury Proceedings*, 601 F.2d 162, 171 (5th Cir. 1979) and see *Flynn v. Church of Scientology Int'l*, 116 F.R.D. 1, 3(D. Mass. 1986).

⁴⁰ Fed. R. Civ. P. 26 (b) (3).

⁴¹ Fed. R. Civ. P. 26 (b) (3).

⁴² *Verschoth v. Time-Warner, Inc.*, 2001 U.S. Dist. LEXIS 3174, at 10, 85 Fair Empl. Prac. Cas. (BNA) 733 (S.D.N.Y. 2001) (quoting *Bank Brussels Lambert v.*

Credit Lyonnais, 160 F.R.D. 437, 448 (S.D.N.Y. 1995)).

^{4 3} See generally EPSTEIN, *supra* note 19, at 401-26.

^{4 4} See EPSTEIN, *supra* note 19, 403.

^{4 5} See *id.* at 401.

^{4 6} *In re EchoStar Comm. Corp.*, 448 F.3d 1294 (2006) (Fed. Cir. May 1, 2006).

原告 (TiVo 会社) は、テレビ放映の記録に関する技術を対象とする特許を有していたが、被告の EchoStar Communications Corp. に対して特許侵害を主張して、2004 年、損害賠償訴訟をテキサス州東部地区連邦地裁に提訴した。EchoStar は、TiVo による提訴を受ける前に、社内弁護士から特許侵害の可能性についてアドバイスを得ており、これに基づいて特許関係について検討していた。そのこともあって原告 TiVo による特許の故意侵害の主張に対し、EchoStar は、弁護士のアドバイスに依拠して行動したものであるとの抗弁を提示した。そこで、原告 TiVo は、EchoStar が特許を侵害していないという決定を会社内で下した際の EchoStar の経営陣の決定過程について EchoStar と当該弁護士の所属する事務所に対してそれらが保持する文書の提出要求を連邦地裁に申立てた。連邦地裁はこれを受け、「EchoStar が、その抗弁において社内弁護士のアドバイスに依拠したことにより、侵害行為に関するいかなる弁護士のアドバイスについても、弁護士 - 依頼人特権および弁護士ワーク・プロダクト免責を放棄したことになり、これには社外弁護士である弁護士事務所のアドバイスも含まれる」、とした。(*In re EchoStar*, 448 F.3d at 1297.) そこで、EchoStar は、弁護士事務所からの二件の侵害意見書を含む通信文書を提出した。しかし、同事務所の当該特許の意見書に関連する資料 (ワーク・プロダクト) については提出しなかった。2005 年 10 月 5 日、連邦地裁は先の命令を明確にするため、ワーク・プロダクト免責の放棄は、依頼人 (EchoStar) に伝達されたか否かにかかわらず、法律事務所が収集・作成したすべての資料に及ぶと述べた。EchoStar は、この地裁命令を不服として連邦特許控訴裁判所 (CAFC) に原審の見直しを請求した。この点に関し、連邦控訴裁判所は、特許訴訟における故意侵害主張への抗弁として弁護士の意見書に依拠した場合におけるワーク・プロダクト特権の放棄の範囲を明確化した。

^{4 7} *In re Seagate Technology*, 497 F.3d 1360, 1366 (2007).

^{4 8} *Id.* at 1367.

^{4 9} *Underwater Devices, Inc. v. Morrison-Knudsen Co.*, 717 F.2d 1380 (Fed.Cir.1983) .

^{5 0} See *In re Seagate*, *supra* note 47, at 1367.

^{5 1} *Id.* at 1299.

^{5 2} *Id.* at 1371.

5 3 *Id.* at 1372.

5 4 *Id.* at 1373.

5 5 *Id.*

5 6 *Id.*

5 7 *Id.* at 1374.

5 8 *Id.*

5 9 *Id.* at 1375.

6 0 *In re* Martin Marietta Corp., 856 F.2d 619, 624 (4th Cir.1988).

6 1 *In re* Seagate, *supra* note 47, at 1375.

6 2 *Id.* at 1376.

6 3 *See supra* note 49.

6 4 *See In re* Seagate, *supra* note 47, at 1377.

6 5 *Id.*

6 6 Dov Greenbaum, *In re Seagate: Did it Really Fix the Waiver Issue? A Short Review and Analysis of Waiver Resulting from the Use of a Counsel's Opinion Letter as a Defense to Willful Infringement*, 12 MARQ. INTELL. PROP. L. REV. 155 (2008).

6 7 Brain Ferguson, *Seagate Equals Sea Change: The Federal Circuit Establishes a New Test for Proving Willful Infringement and Preserves The Sanctity of The Attorney-Client Privilege*, 24 SANTA CLARA COMPUTER & HIGH TECH. L. J. 167 (2007).

第3章 ディスカバリー手続と保護命令について

1 保護命令の意義と機能

(1) はじめに一連邦民事訴訟規則における保護命令

どのような制度であれ、その運用の柔軟性が高く、自由の幅が大きければ大きいほどその制度の濫用や誤用が生じやすくなる。ディスカバリー制度に関して言えば、広範なディスカバリー要求によって訴訟の相手方に過度の負担をかけたり、あるいはディスカバリーを通じて訴訟には直接関係しない相手方の商品開発記録や営業内容、顧客情報などの営業機密を人手しようとするところがある。

そのため例えば営業機密やプライバシーに関する情報であって訴訟のために集められた情報を何らかの形で制限する必要性も生じる。このような場合、当事者は、そのような情報を守秘性あるもの（confidential）にしておくために、あらかじめその保護を裁判所に求める必要性が生じる。この保護が認められるとディスカバリーの対象とその方法と範囲は、事件の性質に応じて制限されることになる。とくにディスカバリーが相手方当事者を困惑させたり、心理的に、また経済的に圧迫するために用いられるような事態を除くことが必要となる。

このような要求に対応するために連邦民事訴訟規則（以下、規則とする。）26(c) は、ディスカバリーが「訴訟当事者あるいは人物を困惑させ、当惑させ、圧迫または不当な負担を負わせたり、不当な出費から保護するため」であれば、裁判所に「保護命令」(protective order) を求め、そのような不当と思われる開示請求から訴訟当事者を守ることができるとしている。この保護命令を通して裁判所には、ディスカバリーの内容や方法をコントロールするための裁量権が与えられている。ディスカバリーをコントロールする裁判所の決定は、「ディスカバリーで求められた情報の価値」に対して「ディスカバリーを制限する理由」との比較衡量のバランスの上で生まれる。

しかし、裁判所がこのようにディスカバリーに一定の制限を行うのは、明白にディスカバリーの目的が相手方や訴訟を混乱させるような場合や、当事者が競合企業間の情報を獲得することによって競争的な優位性を得ようとするよ

うな場合である。一方当事者が競争相手の営業機密を求めているかどうかの判断については裁判所が、当該情報が開示を正当化するのに十分な関連性を有しているかどうかを決定するためにイン・カメラ(in camera)手続を行い、当該情報の内容を検討することができる。

したがって、訴訟当事者は、相手側からの保護命令が出されないように考えながら、どのような情報をディスカバリーで相手側から入手すべきかを決める。こうして手続上不公正にならないようなディスカバリーを進めることを訴訟当事者双方に推奨するわけである。つまりディスカバリーを制限する保護命令とそれを回避しようとする当事者の努力は、ディスカバリー手続の公正さを保障するのに有効であるし、また本案審理の前に長期間にわたるディスカバリー上の紛争に陥ることを回避できる可能性が高くなる。このように保護命令は、ディスカバリー手続において能率性と公正さを保障するための効果的な手段であり、ディスカバリーが行われている間にも保護命令を裁判所に求めることは、当事者がディスカバリー要求に規律正しく従うことを促進し、手続上の策略を最小限にすることができる。

この保護命令については、規則 26(c)の規定それ自体が「ディスカバリーを支配している一般的規定すなわち開示義務」としてその内容を定めている。その規則 26(c)では以下の特別な八つの適用可能なディスカバリーのあり方とその類型を特定している。その条文の翻訳を以下に示す。¹

改正前

(c) Protective Orders.

Upon motion by a party or by the person from whom discovery is sought, accompanied by a certification that the movant has in good faith conferred or attempted to confer with other affected parties in an effort to resolve the dispute without court action, and for good cause shown, the court in which the action is pending or alternatively, on matters relating to a deposition, the court in the district where the deposition is to be taken may make any order which justice requires to protect a party or person from annoyance, embarrassment, oppression, or undue burden or expense, including one or more of the following:

- (1) that the disclosure or discovery not be had;
- (2) that the disclosure or discovery may be had only on specified terms and conditions, including a designation of the time or place;
- (3) that the discovery may be had only by a method of discovery other than that selected by the party seeking discovery;

(4) that certain matters not be inquired into, or that the scope of the disclosure or discovery be limited to certain matters;

(5) that discovery be conducted with no one present except persons designated by the court;

(6) that a deposition, after being sealed, be opened only by order of the court;

(7) that a trade secret or other confidential research, development, or commercial information not be revealed or be revealed only in a designated way; and

(8) that the parties simultaneously file specified documents or information enclosed in sealed envelopes to be opened as directed by the court.

If the motion for a protective order is denied in whole or in part, the court may, on such terms and conditions as are just, order that any party or other person provide or permit discovery. The provisions of Rule 37(a)(4) apply to the award of expenses incurred in relation to the motion.

「ディスカバリーを求めている一方当事者の申立て、あるいはそれを求めている者の申立てによって、裁判所の介入なしに紛争を解決する努力を行うことにおいて他方の関係当事者とその点について協議したか、あるいは協議を行なうことについて申立人が誠実であることの立証があり、かつそのような申立てに正当事由がある場合には、訴訟が係属しているか、あるいは証言録取に関与する事柄について関係している裁判所、及び証言録取が実施されている地方の裁判所は、訴訟当事者あるいは人物を困惑、当惑、圧迫または不当な負担または出費から保護するために、以下の一つ、あるいはそれ以上の正義(justice)の命ずる命令をなすことができる。

(1) 自主的開示又はディスカバリーをさせない。

(2) 自主的開示又はディスカバリーの期日又は場所の指定を含む特定の条件の下でのみ行うことができる。

(3) 裁判所は当事者が決めていたディスカバリーの方法とは異なる別の方法でディスカバリーを命ずる。

(4) 特定の事項については問い合わせをさせないか、もしくは自主的開示又はディスカバリーをある特定の範囲に制限させる。

(5) ディスカバリーを裁判所が任命した人物の立会いだけで行わせる。

(6) 証言録取書を機密扱いとし、その後は裁判所の命令によってのみ開示させる。

(7) 営業機密又はその他の機密性のある研究、開発もしくは商事情報は開示されないか、指定された方法によってのみ開示される。

(8) 両当事者は同時に特定の文書又は情報を封印した封筒に入れて裁判所に提出し、それは裁判所の指示によってのみ開封される。

保護命令の申立て全てもしくは一部分を却下するならば、裁判所は、正当とされる諸条件に基づいて、当事者またはその他の者に、ディスカバリーを準備し、もしくは許可するように命じることができる。

規則 37(a)(4)の規定は申立てに関して生じた費用の裁定について適用がある」。(訳は筆者)

この規則 26(c)の規定に従い、裁判所は、訴訟関連事実と法律理論のための事実に根拠を捜し出す訴訟当事者の権利と、当該ディスカバリーが認められたときにその結果の判断を生じる現実的あるいは潜在的弊害との衡量を図った上で保護命令を裁可することになる。この場合、裁判所の取り得る選択肢は、まず全部あるいは一部のディスカバリーを認めること、特定の条件付でそれを認めること、あるいは当事者が求める方法とは別な方法、例えばイン・カメラ手続によって特定への開示制限をすること、営業機密及びその他の機密情報を含む一定の情報に関してはそれを認めないこと、さらには、ディスカバリーが実施される時には一定の者だけがそれを検討できるようにすること、などの種々の方法が選択される。²

このような保護命令は、実際には当事者または第三者によってディスカバリー自体の制限、またはその範囲や方法の制限という形で裁判所に申立てがなされる。規則 26(c)は、裁判所にディスカバリー全般について監督する広範な裁量権を認めているが、³理論的にはディスカバリーそのものの禁止を裁判所に認めさせることでもある。

他方で、連邦民事訴訟規則自体は、当事者間でできうるだけ十分なディスカバリーの利用を奨励し、その制約は例外的なものであるとしている。同規則は、裁判所に中立的なあり方を求めると同時に、裁量的または一方的な規制権を行使することも認めている。その結果、ディスカバリーの方針に裁判所の裁量が大きく反映することが生じる。理論上だけでなく、実際に、そのようなコントロールが行なわれることもある。

しかし、このような裁判所の行き過ぎとも思えるディスカバリー抑制の方向は、むしろ多くの支持を受け、規則についての1970年代の法改正にも反映することとなった。⁴さらにディスカバリーの濫用を防ぐ更なる手段として、

規則は1983年と1993年に、ディスカバリー請求の書面に弁護士の署名を義務付けるという要件を付け加えて修正された。当事者によってなされたディスカバリー要求(request of production)、回答(response)および異議申立て(objection)のそれぞれは、弁護士、または代理人のいない当事者の場合は、その者自身によって署名されなければならない。この署名は、その要求が十分な調査のあと、「規則に一致し」、「不適正な目的を課さず」、そして「非合理的または過度な負担もしくは費用負担をかけない」ことを思慮した証明となる。⁵この署名義務の規定は、正式事実審理前段階のディスカバリーにおいて、ディスカバリーの目的に合致するような責任ある方法をとる積極的な義務があると、弁護士に気付かせるために計画されている。つまり規則は、ディスカバリーの要求と回答の正当性について、それぞれの弁護士に立ち止まって考えることを義務付けているということができる。⁶

しかし他方で、裁判所は、特に重要な情報が問題となっているときには、全体としてディスカバリーを排除するような極端な手段をとるのではなく、裁判所が手続上の指揮権を持って、適正な方法を用いるべきであるといわれている。⁷たとえば、当事者の動機が、相手方当事者の営業機密の入手を試みていると疑われるような場合、裁判所は、その情報あるいは開示を正当化するのに十分な関連性があるかどうかを決定するために、裁判所あるいは中立的な第三者に対してだけそれらを検討できるようにディスカバリーを統制する方法をとることがある。

裁判所は、規則上、ディスカバリーの実施について、時間や場所そしてその条件を統制する権限をもっている。裁判所は、またディスカバリーの実施についての記録方法に関しても命令することができ、ディスカバリーが、その与えられた状況において適切な範囲を包含するように統制を図る。このような統制を図ることによって裁判所はディスカバリー手続が適正さと公正さを保っておこなわれるようにする。⁸

(2) 合意ある保護命令(stipulated protective order)

ディスカバリーに関して保護命令を得るための典型的な方法は、面会協議(meet and confer)において、訴訟当事者が最初に相互に提案した保護命令の条項に合意し、それを裁判所に裁可してもらうというものである。というのも、連邦裁判所だけでなく、いくつかの州裁判所においても、訴訟提起がなされると、早い段階で訴訟当事者の弁護士に、ディスカバリーの範囲、時期、及びその制限などについて面会協議をすること、ディスカバリーの内容、範囲、方法

に関する合意書を審理前打ち合わせの前に裁判所に提出することを求めているからである。したがって、裁判所に裁可された保護命令はすでに訴訟当事者の間の私的な協定にとどまらず、裁判所の命令となる。このような保護命令は「合意ある保護命令」(stipulated protective order)と称され、たとえば特許紛争などのように、それぞれの特許情報の開示が紛争の争点となっているような事例において、紛争外の他企業にその情報が遺漏することのないように、また双方の営業機密を守るためにも行われる。このディスカバリーを制限する当事者間の私的な合意とその保護命令は、ディスカバリー手続を早め、さらにディスカバリーに関する紛争を避けることに役立っている。この点については、規則 26(c)が、保護命令の申立てを行う当事者に、当事者間で問題解決を試みるための「話し合いを誠実に試みた」(a good faith attempt to confer)ことの証明の提示を裁判所が求めていることからこのような実務は正当化されているといえる。

ディスカバリー上の守秘性に関する当事者の合意は、一般的に契約法の問題である。これを裁判所が双方からの合意ある保護命令として受け入れるわけであるから、保護命令は当事者の守秘性に関する合意に二つの法的拘束力を加えることになる。合意を破る当事者は、一方で契約違反について訴えられる危険性を負うし、他方で裁判所の命令を破ることになり、法廷侮辱罪による制裁を招くことにもなる。これは単なる私的な合意に留まらず、裁判上の手続上の合意と受け止められるからである。⁹しかし、当事者は彼らの合意によってすでに保護命令が得られたものと考えるべきではないのかと言う考えもある。¹⁰手続として合意ある保護命令にその都度裁判所の裁可を求める必要があるのかという批判である。この批判は、ディスカバリーにおける当事者間の主体的、自発的取り組みを促す規定の存在から導かれる。つまり、規則 26(c)は、先に見たように、保護命令を申請する前に、申立人は「誠実に協議し、裁判所の活動なしに紛争を解決する努力によって他に影響を及ぼす当事者と協議することを試みる」ことを要件としているためでもある。

同じく、開示またはディスカバリーの強制する申立てに関する規則 37(a)においても、規則 37(a)(1)が、「他の当事者と関係者への通知に基づき、当事者は開示またはディスカバリーを強制する命令の申立てができる。この申立ては、裁判所の協力を要さずに開示がなされるように、申立人が、開示しない当事者と、誠実に協議し、若しくは協議しようと努めた証明を含むことを要する」としている。¹¹このことから、「当事者間の誠実な協議」の要件は、当事者間による処分権主義の意義を根拠付けるものと考えることができる。すなわち当事者主義を用いることの前提は、もし当事者主義のもとで当事者が解決すべき問題が何であるのかということに合意しなければ、その問題はもはや裁判所によ

って決定される必要はない、¹²というところにある。したがって、保護命令の申立てに裁判所の裁可が求められているとしても、可能なときはいつでも、裁判所の介入なしに当事者のディスカバリー合意が優先することになる。規則 37 と規則 26(c)の双方は、ディスカバリーに関する紛争を解決するために、裁判所に依存するよりも前に、当事者間でそれらについて解決することを要求しているものと考えることができる。¹³

2 正当事由について

(1) 正当事由(good cause)とはなにか

規則 26(c)は、保護命令を求める際に、「当事者間の事前の善意による交渉を経たこと」に加えて、「正当事由が示されたとき」(for good cause shown)の二つの要件を定めている。

この「正当事由」は、一般的な概括規定であるため、それがどのような具体的内容を指すのかは具体的な判例の展開に従わざるを得ない。¹⁴つまりその内容は、裁判所が、一方当事者のディスカバリーによって求められた情報の提出要求を拒否する根拠として、その正当化の理由をどの範囲まで認めたかによる。¹⁵裁判所がある種のディスカバリーを禁止したり、一方当事者に特定情報へのアクセスを制限したりする場合(たとえば、特許の内容自体や顧客名簿を知ること自体が利益となるような当事者の閲覧を排除するといった場合)に保護命令を決定するにあたり、裁判所は求められているディスカバリーが適正には実行できないものであること、あるいはそれが相手方当事者に過酷な負担を強いるものであることの証明責任をその申立人に求めている。

したがって、裁判所が直面する問題は、ディスカバリーで入手した情報が訴訟以外の場面で利用されるという恐れ of 当事者による証明と、情報の相互開示により公正な裁判の実現を図るという要請との均衡(balance)をどのようにとるかということになる。裁判所にとって、当事者のプライバシーや財産権の保護の問題と、訴訟の効率化の問題は、保護命令を出す際に常に考慮しなければならない点であるからである。¹⁶

他方で、訴訟で提出された情報は、二当事者間の限定的情報にとどまらず、裁判資料として公のアクセスが認められることがある点に留意が必要となる。そのため訴訟当事者が、相手方あるいは第三者が、ディスカバリーで入手した資料を何らかの理由で拡散させる(disseminate)恐れが予期される場合、そう

言った点に関する具体的理由を正当事由として示すことによって、相手方あるいは第三者は、保護命令によりそのような情報の拡散を阻止しておくことが必要となる。¹⁷この場合、当事者は裁判所に対し、当該情報の開示を阻止できないと、明確で深刻な被害をもたらすという根拠を示さなくてはならない。この根拠は、起こりうる被害についての具体的事実を示すことによって支えられるのであって、単にそのような「恐れ」があるという結論的表明(conclusory statements)を示せばよいというものではない。¹⁸この点、いくつかの裁判所では、ディスカバリーに対して保護命令を与える前に明らかな正当事由を示すことを求めている。第三巡回区連邦控訴裁判所では、保護命令はディスカバリーによって得られた資料の開示によって「鮮明にはっきりと、深刻に傷つける事態」を引き起こすことを申立人が示さない限りは与えられないとしている。

19

とくにディスカバリーを通して求められた情報が、公衆衛生または公衆の安全(public health and public safety)に関係するものであるれば、裁判所は、保護命令のために正当事由が存在しているかどうかだけでなく、そのような情報の開示について公共利益(public interest)性を考慮することになる。²⁰たとえば要求された文書が営業機密を含んでいるが、また同時に公衆衛生または公衆安全のどちらにも関連した重要情報を含んでいるような場合、裁判所は、当該文書の開示が認められるべきかどうかの決定を行う際に、原告と被告だけでなく、公のもつ利益について比較衡量しなければならない。この場合、裁判所が考慮すべき衡量の要因は、いくつかに分類することができる。それらは、第三巡回区連邦控訴裁判所によれば、①当該開示が私的利益を侵害するかどうか、②情報が正当な目的のために求められているかどうか、③開示によって当惑を引き起こすかどうか、④守秘性が公衆の健康と安全にとって重要な情報に関して求められているかどうか、⑤当事者間で情報を共有することが公正さと効率を促進するかどうか、⑥事案が公務員または公的団体を含むものかどうか、及び、⑦事案が一般人に対して重要な争点を含むかどうか、²¹である。これらの衡量がなされた結果、保護命令が認められない場合には、公は、ディスカバリーの間で得られた情報にアクセスする権利を持っているということになる。というのも規則 5(d)は、当事者への送達が求められる訴状以後の全ての書面は、送達の証明とともに、裁判所にその送達後の相当な期間内に提出しなければならないと定めているからである。この規則 5(d)が求める訴訟提起の要件と規則 26(c)の「正当理由」の条項との間でどのような均衡が図られるかは、実務的にも理論的にも重要な問題となる。²²この点、裁判所は一般に、規則 26(c)に従って保護命令が適切に与えられたかどうかの判断に基づいて、規則 5(d)上の権利の存在を決めていた。²³

この点に関する指導的判例としては、Agent Orange 事件に関する裁判判決がある。²⁴これは、ベトナム戦争の退役軍人が、枯葉剤を製造した私企業とそれを戦場で散布した連邦政府に対して製造物責任を追及した裁判である。²⁵この訴訟でニューヨーク州東部地区連邦地裁は、被告企業や連邦政府に対して、「守秘性のある開発、ビジネス、研究、または商事の情報」を含むどのような記録も保護命令の対象とすることを認めた。²⁶つまり、この事件のすべての文書及び証言録取に関する「全面的保護命令」(blanket protective order)がこの事件のディスカバリーに関して認められたのである。その理由は、事件の「複雑さ」、「感情的部分」、及び「未検討及び検討予定の文書であること」に基づいたものであるとした。²⁷また、作戦に従事した兵士のカルテを含む政府文書は、別な保護命令で保護されるとされていた。しかし、同地裁は、原告からの中間判決の申立てに関連して要求されたディスカバリーの一部の使用については、保護命令を部分的に修正し、一部の開示を認めた。²⁸その際、同地裁は、裁判所に提出された「ディスカバリーの生の産物」(raw fruit of discovery)を開示から封じ込めることを認めていたいくつかの保護命令を解除できるとした。²⁹

1987年にディスカバリーをめぐる控訴を受けた第二巡回区連邦控訴裁判所は、憲法上のあるいはコモンロー上の権利がどのようなものであれ、一般大衆はディスカバリーされた情報へのアクセス権を持っており、それは連邦民事訴訟規則 5(d)と 26(c)に基づくものであるとした。³⁰もちろん、ディスカバリーされた情報への一般人のアクセス権は絶対的なものではなく、公によるアクセスを回避したい当事者が、「正当事由」を示し、裁判所が「保護命令」を認めた場合はこの限りではない。そこで、同控訴裁は、「そのような情報はしばしば、同様の立場に置かれた者、訴訟当事者または一般大衆など、それらへのアクセスを持つことができない人々にとって関心があるところである」から、規則 5(d)に従い、すべてのディスカバリー情報を裁判所に提出するように命じた地裁の決定は支持できるとした。³¹結局、被告の連邦政府はこれを覆すだけの「正当事由」を示せなかったので、ディスカバリー情報は公開された。つまり、保護命令の申立人は、保護命令を得られるだけの正当事由を示せない場合には、ディスカバリーが命じられ、その結果、ディスカバリー情報は、誰に対しても検討の機会を与えることになる、とされた。³²

(2) 合意ある保護命令と正当事由

当事者間で合意された(stipulated)保護命令についても、裁判所は正当事由

を示すことを要求すべきであろうか。³³

すでに当事者間でディスカバリーの方法と範囲について合意が形成されているわけであるから、その合意自体が正当事由となり、保護命令の申立てはその形式的な手続であり、裁判所は、別な正当事由を問うことなく、そのまま保護命令を裁可すべきであると主張することもできる。そうすると、訴訟当事者間でディスカバリー情報の取扱いに私的な合意さえあれば、公に対する開示が制限されることになる。とくに訴訟の当事者でない者(non-party)で、訴訟の内容に利益を持つ者による訴訟の関係情報へのアクセスは一切できなくなる。他方、このような主張に対しては、ディスカバリーは単なる訴訟当事者間の情報交換ではなく、訴訟そのものの適正な手続を支える公的な法的制度であるという側面を持ち、そのため保護命令の申立てに対して、当事者間での私的合意の有無にかかわらず、裁判所は、保護命令の申立てに、私的合意以外の「正当事由」の存在を要求すべきである、という議論も考えられる。

この点、実際には、当事者の合意があったということで別な正当事由を問うことなく、そのまま保護命令を認める裁判所もあれば、いくつかの連邦裁判所のように、合意以外の「正当事由」が明確に示されない場合には合意ある保護命令を認めないとする裁判所もある。³⁴これはディスカバリー情報に対する守秘性の必要性や根拠を示すことなしに、「当事者が合意した」ということだけでは、保護命令を与えるための正当事由を構成するものではないとの立場である。

35

他方で、当事者の合意を超えて、正当事由の提示を求めることは、公正な訴訟にとって有用であるとの指摘もある。³⁶その理由は「正当事由」を問うことで、第一に、訴訟当事者やその弁護士に対して保護命令が本当に必要かどうかを判断させるための機会を与え、第二に、裁判所に、保護命令によって守られるべき当事者間の守秘性の必要性に反してまで問題となりうる公の利益に重点が置かれるべきかどうかを熟考する機会を与え、第三に、合意ある保護命令が正当でない理由で求められたという点について後に異議申立てをされた場合に、当事者は正当事由に依拠した防御を提示することができ、そして第四に、開示による訴訟当事者の利益が、お互いに対してでなく、開示によって可能となる公的利益に対して存在する場合に、単なる私的合意によって当事者が裁判所の許可を得ることを防ぐことになる、からである。³⁷

訴訟当事者間に合意した保護命令があるとき、訴訟外の第三者の訴訟参加(intervene)者が当該保護命令の訂正を求める場合についてはどう考えるべきか。合意ある保護命令の有効性については、もっぱら訴訟当事者間の問題であり、当事者間のディスカバリーをめぐる申立てとそれに対する裁判所の判断であるから、その判断効力をめぐっては、当事者間にだけその効力が及び、裁判

所の当該決定に対しては当事者が控訴して争うことができるとするのは当然である。そうすると、訴訟そのものに利益を有するが当事者でない、訴訟外の第三者は、これについてどのような異議申立てができるのであろうか。この点について、たとえば、Baystate Technologies Inc. (以下、「ベイスティト」とする。) 事件が一定の判断を示している。³⁸

ベイスティト事件では、原告のベイスティトが被告の Harold L. Bower のソフトウェア特許を侵害していないという宣言的判決 (declaratory judgment) の申立てをマサチューセッツ州連邦地裁に提起した。他方、Bower は特許侵害、著作権侵害及び契約違反についての反訴をベイスティトに対して提起した。同地裁の陪審は、特許侵害、商標侵害および契約違反の問題について Bower の勝訴評決を出し、裁判所もそれを認めた。³⁹ 手続の初期段階で、裁判所は、当事者の合意と要求に基づきディスカバリー情報への第三者のアクセスを制限する合意ある保護命令を認めていた。

この訴訟について、訴訟外の Kuney 教授が、本件訴訟の証拠とその他の文書へのアクセスを求めた。Kuney 教授は、ソフトウェア産業に影響力あるこの特許侵害事件における手続について著述している法学者であり、事件の手続の詳細な記録を書物にしようとしていた。Kuney 教授は、訴訟参加の申立て (motion to intervene) と、合意ある保護命令を修正する申立てを裁判所に対して提起した。Bower は、Kuney 教授の申立てを支持する宣言判決を求め、相手方当事者の一人である Bean は、保護命令の修正を求める Kuney 教授の申立てに反対した。しかしながら、同裁判所は、Kuney 教授の訴訟参加の申立てと合意ある保護命令の修正申立てをまだムート (moot) であるとして拒否した。そこで、Kuney 教授は、この点につき控訴した。

控訴裁判所 (CAFC) は、「第三者による訴訟参加の申立ては、第三者が保護命令に対して異議申立てをするためには適切な手段である。同控訴裁は、しばしば判決後であっても第三者が訴訟参加することによって保護命令に異議申立てすることを認めている」⁴⁰ とした。同控訴裁は、ディスカバリー情報を保護するために「正当事由」が存在するのであれば保護命令を命じことができる、と規則が規定している一方で、訴訟記録への公のアクセスについても推定があることから、保護命令が修正されるべきかどうかの決定においては、当事者のプライバシーの利益と公のディスカバリー情報へのアクセスの利益との均衡を図らねばならない、とした。⁴¹ そのうえで「本件では、Bean 以外の当事者は、提出された合意ある保護命令の修正に同意しているため、当事者が、Kuney 教授の求める文書に守秘性を維持し続けている利益は、もし仮にあったとしても僅かであり、さらに Kuney 教授は、学術的な仕事をするために求めている文書へのアクセスに大きく依存している。」と判断し、また「本件

では、地方裁判所が、そのような均衡を斟酌した上での結論かどうか明白でないため、Kuney 教授の訴訟参加の申立てと合意ある保護命令を修正する申立てを拒否するのにその裁量権を濫用したかどうかは明らかではない。そこで Kuney 教授の申立てを認容するか、拒否するかどうかの結論を出すに際して、ディスカバリー情報を保護するための『正当事由』の有無を前提として、保護命令に公的利益と私的利益の均衡をとることを求め、事件を原審に差戻すとしたのである。⁴²

結局、合意ある保護命令であっても、訴訟外の第三者や公に対してディスカバリーで得た情報を秘匿するためには、私的合意以外の「正当事由」が示されなければならないとなっている。合意ある保護命令は、このように訴訟で用いる情報を訴訟当事者に留めようとする目的をもつものであるが、訴訟に関心をもつ公または訴訟に利害関係を有する訴外の第三者に対してまで守秘義務を課すためには、「正当事由」の立証は不可欠とする考えが有力である。他方で、当事者にとっては、合意ある保護命令に求められている「正当事由」の内容がどのようなものでなければならないかについて、裁判所に対して利益衡量が十分にできるだけの根拠を提示しなければならないことは当然である。しかし、具体的な要件としてどのようなものが十分な「正当事由」であるかは事案ごとに異なるのであって、その点につき一定の基準が確立しているわけではない。

3 判例に現れた保護命令とその「正当事由」

ディスカバリーで入手された情報は、どこまで提出拒否ができ、また公的な非開示が認められるべきであろうか。これまで見てきたように連邦民事訴訟規則は、この点について規則 26(c)において保護命令を規定し、ディスカバリー自体の規制を裁判所に認めている。またその根拠として「正当事由」を示すことを当事者に要求している。ところがこの「正当事由」が幅広く、際限なく認められるようになるとディスカバリー自体が機能しなくなると考えられる。そこでこの「保護命令」における「正当事由」が裁判所によってどのように位置付けられているかについて、いくつかの判例を検討しておきたい。その際、ディスカバリーによってプライバシーが問題となる事例、つぎに特許訴訟において特定の特許内容が問題となる事例、さらに営業機密をめぐる正当事由についての判例を検討する。

(1) プライバシー情報の場合

ディスカバリーで入手された情報の取り扱いをどのように考えるべきか。最初に問題となるのは、そのような情報に個人のプライバシーに関する情報が含まれる場合である。この場合、プライバシーの保護が守られるべきなのか、あるいは裁判の資料となった以上、公に明らかにすることが許されるのかという問題が生じる。⁴³

プライバシーが問題となる個人情報についても、保護命令を受けていないディスカバリー情報であれば公的アクセスが認められるということも考えられる。つまり、プライバシーを含むディスカバリー情報に対する公的アクセス権が他の一般的情報と同じように認められるという考えである。これは、連邦民事訴訟規則が、裁判所にディスカバリー情報につき非開示を命ずる権限を与える一方で、そのような命令がなされない場合には、当事者によるディスカバリー情報の拡散(disimilation)については制限がなく、公的なアクセス権が公的に認められると考えられるからである。⁴⁴

この考えを後押しする法的議論は、表現の自由に関する合衆国憲法第一修正を根拠とするものである。この議論は、ディスカバリーによって発見されたものに開示を禁じる保護命令自体が、憲法上禁じられた事前抑制に該当すると考えるもの⁴⁵から、訴訟で使われる情報や記録内容に対する公のアクセス権は、憲法第一修正だけでなく連邦コモンロー(Federal common law)上認められてきたのであって、それが裁判手続自体の透明性の確保に寄与しているという議論まである。⁴⁶ 憲法第一修正の表現の自由が絶対的なものだとする立場に立てば、裁判所の行う保護命令による守秘性の保護命令自体が違憲となるか、あるいは保護命令自体が極めて限定的な場合にしか機能できないことになる。反対に、ディスカバリーによる情報は、あくまでも訴訟で利用するためのものであるため、大部分のディスカバリーは、とくに情報が個人に不利益な影響を及ぼす秘密事項である場合には、推定の上でも公のものであってはならないことを暗黙のうちに認めざるをえないという考え方もある。⁴⁷ つまり、このような考え方に関する問題点は、ディスカバリーが推定上、公のものであるという見方の前に、個人のプライバシー情報を守る権利が後退をさせられるのかということである。

以下で紹介するシアトルタイムズ事件は、新聞社という、情報の流布を営業内容にしている者による情報の開示請求に関して、表現の自由を根拠として保護命令が無効であると主張された事例である。また第二のパンジー事件は、当事者間の裁判上の和解調書に守秘性を持たせた保護命令が、公に開示できる文書になるのかどうかについて検討するものである。

報道機関が証拠物の中に報道価値のある情報を含んでいると信じるものが

あるならば、アクセスを要求するのは当然であり、公的なアクセス権を根拠として、公としての第三者(新聞社であれば読者、また報道機関であれば視聴者)に情報を提供し、第三者の行動決定に指針を与えるという公的目的があるとの正当化の根拠を示すことが考えられる。この点に関しパンジー事件では、裁判所が保護命令を決定する際の衡量基準として「正当事由」についての「パンジー・バランス・テスト」を確立した。この二つの事例はいずれも、保護命令によってあくまでもプライバシーを保護しようとする場合に、当事者の提示する「正当事由」がどのようなものでなければならないのかについての内容が問題とされた指導的事案である。

ア 正当事由のある保護命令による非開示は憲法第一修正に違反しないとされた事例—Seattle Times Co. v. Rhinehart, 467 U.S. 20 (1984).

連邦最高裁判所は、シアトルタイムズ事件において、憲法第一修正によって禁止された「表現を抑圧する」ことに関係なく、規則 26(c)は訴訟手続において本質的な利益を促進するとして、ディスカバリー情報への公的アクセスを制限するディスカバリーの合憲性を支持した。⁴⁸以下に紹介するように、この事件では、被告である新聞社が、原告の宗教団体の会員名簿へのアクセスを求めていたが、事実審裁判所は保護命令にもとづいてその名簿を保護し、開示できないとした。同裁判所はディスカバリー手続を通して入手された情報へアクセスすることは憲法第一修正の権利ではないとした。

a 事案の概要

本件の原告(被控訴人及び被上告人)のリーンハート(Rhinehart)は、“The Aquarian Foundation”という宗教団体の指導者であり、またこの団体は信仰を深めると、死者とコミュニケーションをとる能力が身につくことを売りにして宗教活動を行っていた。

「シアトルタイムズ」と「ワラワラブリテン」(Walla Walla Union-Bulletin)という両新聞社は、リーンハート自身と彼の宗教団体に関して、リーンハートは詐欺師であるとの指摘をしたうえで、団体の風変わりな宗教活動および経営方法についての記事を掲載した。リーンハートは記事の内容が事実誤認であるとして両新聞社に対し、プライバシーの侵害と名誉毀損を理由に事実審裁判所であるワシントン州上級裁判所(Washington Superior Court)に損害賠償請求訴訟を提訴した。

控訴人及び上告人である両新聞社はこの提訴を受け、リーンハートに対する事件においてディスカバリー手続を行い、団体の財政に関する情報を含む文書提出を要求した。しかしリーンハートは、10年前からの団体への寄付者の身元リストと10年間の団体の会員名簿については提出を拒否した。

両新聞社は、ディスカバリー手続後、そこで得た情報を新聞記事に利用する目的があることを認めた上で、当該文書の提出を拒否することはディスカバリー制度の原則に反するものだと主張し、これらの文書の提出命令(production order)を同州上級裁判所に申立てた。

この申立てに対し、リーンハートは、この提出命令が寄付者及び会員の信仰に関するプライバシー権及び合衆国憲法第一修正に定める信仰の自由に反すると主張した。リーンハートは、両新聞社がディスカバリー手続を通して知った情報を新聞報道等で広めないことを命じる保護命令を求めて同州上級地裁に申立てをした。同裁判所は、リーンハートの申立てについては規則 26(c)にしたがって、「正当事由」(good cause)に当たる証拠がないとして一度は却下したが、両新聞社の記事が掲載されて以来、第三者から脅迫や、いたずら電話などの危害を受けている事実が提示されたため、ワシントン州上級裁判所民事訴訟規則(Washington Superior Court Rule of Civil Procedure)26(c)⁴⁹に基づいて、リーンハートの申立てを認め、両新聞社に対し開示を制限する保護命令を出した。⁵⁰

そこで両新聞社は、ワシントン州最高裁に上訴した。同州最高裁は、「ディスカバリー手続において提出される情報を新聞で公にさらされることによって、リーンハート側が不快感や迷惑を生じるのは当然であり、この手続を通して知った本訴に必要な情報を悪用しないようにするために、リーンハートの要求する保護命令は必要」⁵¹であると判示し、「ディスカバリーを通して得た情報はディスカバリー手続を行う当事者のために、訴訟の準備に必要なとき以外はその使用を認めない」とした。⁵²この判断に対し、両新聞社は連邦最高裁判所から裁量上訴受理令状(certiorari)を得て上告した。⁵³

b 連邦最高裁判決

ワシントン州最高裁が、ディスカバリーにおける保護命令の正当性を認めたのに対し、上告人である新聞社は、保護された情報を広めたり、公表することを制限しているワシントン州上級裁判所の保護命令自体が違憲である(表現の自由の権利を侵害している)として、リーンハート氏の求める保護命令は必要ないと主張した。

この争点に対して、連邦最高裁は、当該保護命令は、両新聞社の憲法第一修

正の表現の自由を侵害するものではないと判断し、両新聞社の主張を却下した原審判決を支持した。⁵⁴

連邦最高裁は、当該事件において出された保護命令が正式事実審理の前段階の情報を制限するものであることを認め、両新聞社が公表しようとしているリーンハート氏の情報自体は、同州上級裁判所のディスカバリー手続を通して得た情報であることを認めた。⁵⁵ 連邦最高裁は、ディスカバリーによる情報とは連邦コモンロー上、公に開かれたものではないし、民事訴訟の公的(public)な構成要素ともいうべき正式事実審理部分でもなく、私的(private)な部分である、とした。しかもディスカバリーで得られた情報は、一般に正式事実審理ではほとんど利用されないか、少しだけ用いられるにすぎないのであって、公的には認められていない情報であり、したがって、これについて制約を課すことは公的な情報に対する制約には該当しないとした。⁵⁶ 結局、連邦最高裁は、本件のディスカバリーについては、規則 26(c)によって求められている「正当事由」が存在し、その上で保護命令を出したのであれば、それは正式事実審理前段階の民事のディスカバリー手続に限定されているのであって、他の情報源から得られた情報に関して制限する場合に概当せず、憲法第一修正を侵害するものではないと判示した。⁵⁷

c 考察

本件判決での争点は、一面では憲法第一修正の表現の自由とプライバシー権の侵害の問題を含むが、他面で、本件シアトルタイムズ事件を通して規則 26(c)の文言上では明記されていなくともディスカバリーで提出された情報に関してディスカバリー後にその情報を使用する方法についても保護命令によって制約できるかどうかを検討された。

連邦最高裁は、シアトルタイムズ判決の下で、憲法第一修正と保護命令との衡量は、規則 26(c)の正当事由の枠組みの中でなされなければならない、とした。すなわち「もし正当事由が示されなかったならば、問題となっているディスカバリー情報は裁判上保護を受けるべきではない。そしてその結果、検討のために公に開示されるべきだ」⁵⁸ということである。本判決はまたディスカバリー手続が正式事実審理の前の段階で行なわれるため、公的な場面においてではないとして、提出された情報の私的(private)側面が強調されることで、提出された文書についてディスカバリー後の使用を制限する保護命令を認めた事例でもある。

シアトルタイムズ事件のあと、憲法第一修正を根拠とするディスカバリー情報に対する公的アクセス権についての主張は、保護命令を承認するための「正

当事由」の基準よりも後退を余儀なくされた。このことをはっきり示したのは、サンノゼ・マーキュリー・ニュース社事件である。⁵⁹この事件において第九巡回区連邦控訴裁判所は、ディスカバリーによって得られた情報への公のアクセス権については、少なくとも連邦コモンローと連邦民事訴訟規則がその根拠となっているのであり、憲法第一修正が公に民事訴訟記録への知る権利を与える根拠となるかどうかを決定することは不必要だと判断した。⁶⁰

サンノゼ・マーキュリー・ニュース社は、雇用者である市当局に対して二人の女性警察官がおこしたセクシャルハラスメント訴訟に関して、原告がハラスメントについて告訴した後に、被告側の市当局が専門家から得たというレポートへのアクセスを求めた。被告は、原告にレポートを提出することを拒否していたため、原告は強制的な提出を地方裁判所に求めた。この開示請求に同新聞社も加わろうとしたわけである。しかし、すでに同レポートについては公に開示しないとの保護命令が認められていたため、同新聞社は、訴訟参加を申立て、この保護命令について修正を求めたが、原審である地方裁判所はそれを拒否した。

この点に関して控訴を受けた第九巡回区連邦控訴裁判所は、地方裁判所の決定は、「一般公衆は判決以前に民事事件での訴訟記録へのアクセス権を持っていないという間違った法的原則に基づいていた」⁶¹として、裁判記録へのアクセス権が連邦コモンロー上認められるとする先例を引用しながら、「正式事実審理前のディスカバリー情報は、開示を制約する裁判所の保護命令がない限り、推定上公的なものであることは十分に確立された原則である。だが、地方裁判所に『正当事由が示された』場合には、この推定を覆す権限が規則 26(c)により与えられている」とした。⁶²

サンノゼ・マーキュリー・ニュース事件は、当事者の合意によって保護されたディスカバリー上の情報を開示するにあたって、連邦コモンローと連邦民事訴訟規則に基づいた権利を明確に基礎づけた。⁶³同控訴裁判所は、憲法第一修正が、判決前の裁判記録へのアクセス権に適用できるかどうかの争点については別な日の決定に託するとした。⁶⁴同控訴裁判所は、「私たちは、連邦コモンロー上のアクセス権が、民事事件で提出された正式事実審理前の文書に拡大できることを明示してきた。他の連邦控訴裁判所は、この連邦コモンロー上の権利は、中間判決の申立てに関連して提出された文書に及ぶと明示してきた」とした。⁶⁵

シアトルタイムズ事件における最高裁判決以前には、正式事実審理前のディスカバリー情報については公にアクセス可能なものであると推定されており、保護命令はこの推定の例外とすべきであると解されていた。そのため「訴訟当事者が、訴訟についての情報を完全に秘密にしておきたいという意思があると

しても、公的利益の観点からそうすることは許されないだろう」⁶⁶とまで考えられていた。しかも原告及び訴訟外の者は憲法第一修正の権利を主張することができ、それによってディスカバリーで得た情報の開示だけでなく、保護命令ですらも排除される可能性があった。まさに公的な知る権利が、私人や私企業の守秘義務についての主張の前に立ちはだかっていたと言える。⁶⁷

しかしながら、シアトルタイムズ事件によって、ディスカバリー手続において当事者でない第三者の利益が考慮される際の範囲が保護命令を求める時の「正当事由」によってはっきりと制限された。連邦最高裁は、新聞社によって情報が公表されることを禁止するための保護命令を支持し、地裁において正当事由が存在するとして認められた保護命令については、憲法第一修正の権利を侵害しないと判決した。連邦最高裁は、ディスカバリーそのものが制定法上の権利であって、憲法上の権利ではないとし、地裁が訴訟当事者に最初に情報を集めさせ、その情報の使用について制限することは正当なことであるとした。それゆえ訴訟当事者は、裁判所の命令に基づいて集めたそのような情報を拡散させる（dissimilate）憲法上の権利を持たないとの立場をとった。こうして連邦最高裁は、紛争の裁判上の解決を見守ることに公的な関心が向けられることから、正式事実審理自体は伝統的に公的な情報源となることは認めているが、ディスカバリーが推定的に公的な手続であるという考えには一定の限定を加えた。⁶⁸

連邦最高裁は、「プライバシー権」と「規則 26(b)(1)によって許される正式事実審理前のディスカバリーの自由さ」との間の軋轢を最小限にすることで、保護命令が、ディスカバリーの濫用を妨げるという重要な役割を果たしているとした。しかし同時にまた、ディスカバリーは、訴訟当事者に「当該訴訟では無関係であり、しかももし公に開示されたら名声やプライバシーを損なうかもしれない」情報を得るための機会をも与えることにもなる点を認めた。⁶⁹このような考え方は、特に営業機密を保護するための保護命令の場合に深刻な問題を提起する。なぜならディスカバリーされた営業機密情報は、プライバシー上の利益と財産権の利益の両方を含むからである。この点、連邦最高裁は、一方で営業機密情報の重要性と、他方で自由なディスカバリー規則のもつ問題点を認めている。しかし、憲法第一修正に基づくディスカバリーで得られた情報を拡散する権利に関しては、合法的な財産上の利益保護と訴訟外の者の利益保護との比較衡量をどのようにするかの問題を裁判所に未解決のまま残すことになった。そのため、多くの裁判所は、その後もディスカバリーでの情報が推定的に公的なものであるかのように扱い続けた。その結果、規則 26(c)と州法の同一規定における「正当事由」の要件に基づいて申立てをした当事者に対して、当該開示が深刻な危害を引き起こすことについて詳細な立証を行うことを申立

人に課している。こうしてシアトルタイムズ事件判決での明言にも関わらず、いくつかの裁判所はディスカバリー資料への公的アクセス権を再び支持し始めている。⁷⁰しかしながら、他方で、こと営業機密に関する分野では、シアトルタイムズ事件判決が営業機密の所有者の利益保護に向けた実質的な移行の始点を示すものとなっている。⁷¹

「正当事由」の判断において、どのような場合にディスカバリーによって具体的権利の侵害があるかについて、一定の基準を示したのが、次の Pansy 事件判決である。

イ プライバシーを理由とする保護命令に求められる正当事由の基準が示された事例—Pansy v. Borough of Stroudsburg, 23 F.3d 772, 1994 U.S. App. LEXIS 9389 (1994).

パンジー事件において、第三連邦控訴裁判所は、プライバシー権とディスカバリーを行う権利とが衝突する場合に、プライバシー権の主張者が保護命令を求める際に立証すべき「正当事由」の基準を示した。同裁判所は、規則 26(c)の「正当事由」の必要条件が満たされるかどうか決定する際に裁判官が考慮すべき要因について、パンジー・バランス・テスト(Pansy Balance Test)というリストを作り、利用した。このパンジー・バランス・テストの内容は以下の通りである。

- (i) 開示によってプライバシー利益が侵害されるかどうか。
- (ii) 情報が合法的な目的のために求められているのか、あるいは不適切な目的のために求められているかどうか。
- (iii) 情報の開示が当事者の当惑を引き起こすかどうか。
- (iv) 守秘性が公衆衛生と公衆の安全にとって重要な情報を犠牲にした上で求められていないかどうか。
- (v) 訴訟当事者間の情報の共有が訴訟の公正さと効率性を促進するかどうか。
- (vi) 守秘性についての命令に基づいて利益を得る当事者が、公的団体または公務員かどうか。
- (vii) 当該事件が公衆にとって重要な問題を含むかどうか。

第三巡回区連邦控訴裁判所は、これらが正当事由を考える一つの方向性を示すものとした。このパンジー・バランス・テストを作成するにあたり、その指針となったパンジー事件についてその内容と裁判所の判断を以下に示す。なおこの事件は、Pansy(以下、「パンジー」とする。)対 Stroudsburg (以下、「スラウズバーグ市」とする。)の事件の裁判記録の開示を求めた Newspapers(以

下、「ニューズペーパーズ社」とする。)と裁判所とのやり取りが重要であり、その点に注目し、以下の事件について検討する。

a 事実

1991年5月に、ペンシルヴェニア州スラウズバーグ市の警察署長をしていたパンジーは同市に対して公民権を侵害されたと主張して、連邦公民権法(42 U.S.C. § 1983)を根拠に地方裁判所に損害賠償請求訴訟を提起した。パンジーは、前任の署長をしている間、市当局によって彼の身辺調査が行なわれ、駐車場のメーター代金の不適当な取扱いについて不正行為の嫌疑をかけられ、逮捕、起訴された。スラウズバーグ市は、起訴を理由にパンジーを署長の地位から一般の巡査へと降格させた。その後、まもなくパンジーは解雇されたので、訴訟を提起することになった。なお、刑事事件の容疑については、パンジーは最終的にすべての刑事告発を免除された。

その後、パンジーとスラウズバーグ市は公民権訴訟を決着させることに合意し、その和解条項を地裁に提出し、審理された。1992年6月5日、地裁は和解の条件を両者に再検討することを指示すると同時に、「和解の条件については守秘性を保持しているので、当事者は、命令によってその守秘性を遵守するように」⁷²と述べた。そこで、和解の内容に条件を付した上、和解内容に関し当事者に歩み寄るよう指示した。しかし結局、和解の訂正案は当事者によって一度も地裁に提出されなかった。

1992年10月22日、地方紙を発行しているニューズペーパーズ社は、スラウズバーグ市に対し公民権法違反についての当該事件に関する情報と和解条項を含む文書の公開を求めた。これに対し、スラウズバーグ市は、1992年6月5日の和解文書に対する裁判所の守秘に関する命令がその開示を禁止していたという理由に基づいて、和解条項そのものと、それに関連する文書へのアクセスを同社に認めることを拒否し、それに対する同社の申立てを受けた地裁もこれを拒否した。そこで同社は連邦控訴裁に控訴した。

b 争点

本件の争点は、ニューズペーパーズ社の当事者適格性、訴訟参加権限、及び公的な情報へのアクセス権の有無についてである。

c 判断

第三巡回区連邦控訴裁判所は、まずニューズペーパーズ社の当事者適格性及

び訴訟参加権限について否定し、さらに、公的情報へのアクセス権に関しては、和解条項は、「裁判記録」(judicial record)ではないとすることによって、和解条項へのニューズペーパーズのアクセス権はないとした。これに対し、ニューズペーパーズ社は、両者に協議するよう命じられた和解文書は「裁判記録」であると反論した。しかし、控訴裁はこの議論は誤っているとし、和解条項に関しては、当該和解案は、地裁から再検討を命じられ、再検討のために両当事者に戻されたのであるから、まだ裁判記録にはなっていないとの立場を示し、地裁が当該文書の守秘性の決定をしたからといって、その前の文書について公にアクセス可能な裁判上の文書と決定したものではないとした。つまり、ディスカバリーの間、裁判所がある文書について保護命令を出したなら、そのような文書は通常、公的にアクセスしうる文書とはならない、と判断した。

さらに控訴裁判所は、保護命令との関係で次のように述べた。「ディスカバリーについて、ディスカバリー情報に関する保護命令を得ることを望んでいる当事者は、『正当事由』が存在することを証明しなければならないことは確立されている」。⁷³本件においては、守秘性の命令は、ディスカバリー情報に対してではなく和解文書について示された。ディスカバリー情報に対する保護命令と訴訟資料に関する守秘性の命令には、同種の特徴があり、類似した公的関心を引き起こす。そのような命令のすべては、訴訟当事者にプライバシー保護を提供する目的を持ち、その一方で、「裁判手続で明らかにされた情報を得たいとする公的な権利と、プライバシーの利益との均衡の問題を生じる。ディスカバリーに関する保護命令と訴訟資料に対する守秘性の命令は、和解を促進する手段として用いられ、訴訟の進行を助ける。保護命令と守秘性の命令は、機能的には同種であり、公的関心と個人の間で釣合いがとれていることを必要とする。それゆえ裁判所は、守秘性の命令が、ディスカバリー段階あるいは和解を含む訴訟の他のどの段階においても、与えられるかどうかを決定するために、正当事由が示されなければならない」⁷⁴と述べた。第三巡回区連邦控訴裁判所は、示された正当事由が保護命令を受けるために存在するかどうか考える際に、パンジー・バランス・テストを採用した。

同控訴裁は、「正当事由は、情報開示の阻止を求めている当事者によって明確に提起され、また開示が重大な損害を与えるであろうという点の提示によって確立される。この損害は特定して示されなければならない」という過去の判決を引用し、⁷⁵「特殊な例や、技巧的理由付けだけによる実体化されていない幅広い損害の主張だけでは、正当事由の提示とはならない。(中略)保護命令によってカバーしようとしているすべての文書の保護を正当化する立証の責任は保護命令を求めている当事者に求められる」とした。⁷⁶

このパンジー・バランス・テストを適用するにあたって、同控訴裁は、保護

命令のために正当事由が存在しているかどうかを決定する場合には、連邦裁判所が一般的に利益衡量上のバランスをとる手続を採用してきたとした。つまり、裁判所には、情報の開示を要求をしている当事者の必要性和、無制約な開示が許されるときに生じるかもしれない損害との比較衡量が求められる。比較衡量の結果、保護を受ける情報の持ち主へのリスクがディスカバリーの必要性を上回るものならば、ディスカバリー情報の開示は強要されない。他方、いったん裁判所が、ディスカバリー情報が明らかにされることを必要としていると決定したならば、次の問題は、規則 26(c)(7)の最後の条項によって認められるように、それらが「一定の指定された方法だけで明らかにされる」べきか否か、ということになる。開示が制限されるか否かについても、保護を求めている当事者(または第三者)に対するリスクと、一般大衆への開示の重要性との釣り合い次第で限定されることになる。このように裁判所は、開示の否定的な結果を最小化すると同時に、公共の利益のために保護命令の内容を解釈することにおいて相当な柔軟性を持っている。⁷⁷

比較衡量する際に認められる一つの利益は、シアトルタイムズ事件で確認された個人のプライバシー利益である。裁判所が、そのような保護が与えられるべきであると合理的に認定できる当事者に対しては、不要な、または重大な苦痛を防止するために保護を命じることは適切である。しかしながら、プライバシーの利益は、保護を求めている当事者が合法的な公開審査を受けるとされている公的な人(public person)である時には一般市民と同一ではない。これは、第三巡回区連邦控訴裁判所が、かつて扱ったスミス事件の判断であるが、⁷⁸そこで同裁判所は、「一般公衆は、官公庁で働く人々の高潔性や高潔性の有無に関して相当な関心を持っている」と述べた。⁷⁹つまり、裁判所が、正当事由のバランス・テストを実施する際に考慮すべき一つの要素は、保護命令から利益を得る当事者が、一般市民か、公共団体自体あるいは公務員のどちらかという点である。本件パンジー事件においては、「もし当該和解条項が、公的な性質の問題、または公的な当事者を含み、正当に公的な関心事を含むものであれば、保護命令を裁可するか、裁可を維持する場合には、このような点は勘案して衡量されなければならない要素となる」とし、また「他方、事案が一般的私人の訴訟当事者を含み、正当な公共利益の問題にほとんど関係しないならば、それは、保護命令を与えるか、それを維持することに有利な要素となるべきである」と判断した。⁸⁰

d 意義

本件で、控訴裁判所は、ディスカバリーによって情報を開示させることは必

要であると決定し、その根拠は、規則 26(c)(7)の条項によるとした。つまり裁判所は、当該情報や資料が「開示されるべき」か否かという判断に入る場合に、保護を求めている当事者(または第三者)への損害と公への開示の重要性についての裁判上のバランスに依拠して、この開示が制限されるかどうかを考慮すべきであると考えた。このようなバランスを取ることによって裁判所は、ディスクバリー情報に対して保護命令の決定を行う際に、公共利益に供することの可能性を考慮するという柔軟性を持つことができる。つまり、裁判所は、訴訟準備の状況に応じてディスクバリー情報を保護する命令を裁可する際に、人物に関する個人情報の保護と、その開示された情報を公と称する私人が用いるその使用目的、及びその方法についてバランスをとって考慮せざるを得ないということになる。

このバランス・テストにおいて認められた私人のプライバシーについての利益は、裁判所が当該私人に不必要な、または重大な痛みを与えることのないように守秘性の命令をすることによって保護されることは適切であるとして支持されている。しかし、一律に、また包括的にプライバシー情報であれば保護されるというのではなく、裁判所が考慮すべきことは、情報の開示が訴訟の目的のために求められているのか、あるいは不当な目的で求められているかである。保護命令を求める者は、当該情報がプライバシー利益となる点だけではなく、それが不当な目的で利用されようとしている点についても、「正当事由」を示さなければならない。

(2) 特許情報

特許侵害事件では、ディスクバリーにおいて、当事者に守秘性のある技術上及び財政上の情報をライバル関係にある相手方に提出することが求められる。特許やその開発プロセスに関するデータや記録は、訴訟当事者である企業にとって財産的価値があり、またその企業の生命線でもある。結果的に訴訟そのものよりもディスクバリー情報の開示によって、思わぬ情報が遺漏し、企業経営にとって致命的な事態を招いたり、高額の和解金の支払いを余儀なくされたり、あるいは最終的に割の合わないクロスライセンス契約を結ばれることにもなりうる。このような理由から、特許侵害訴訟においては、他の事件と違い、事件の最初の段階で守秘性ある情報の提出、及びその取扱いを規制する保護命令のために「正当事由」を如何にうまく構成するかということに、当事者は相当な注意と最大限の配慮をしなければならない。 ⁸¹

したがって、規則 26(c)に定められる保護命令は、特許侵害訴訟においては、

そのディスカバリー情報の開示を阻止するか、あるいは制約するための効果的な手段となっている。情報開示が制約される場合でも保護命令の下で守秘性のある情報を誰にアクセスさせるかという問題は、それ以降の訴訟戦術のあり方にも大きな影響を及ぼす。そこで、一方当事者が他方当事者のディスカバリー要求に制限を求めるような場合、ほとんどの特許訴訟においては、当事者の営業機密やその他の守秘性ある情報や財産に関する情報の開示を阻止するために、ディスカバリーに着手する前に、当事者間で、「合意ある保護命令」について協議し、合意された保護命令を裁判所に申立てることになる。

しかし、この点について、規則 26(B)(1)は2000年に修正され、「(弁護士 - 依頼人間のような)特権化されたものを除き、当事者は、当事者の主張または抗弁に関係がある事柄に関してディスカバリーをすることができる」と規定された。そのため、たとえば訴訟当事者が、ディスカバリーを通して、特許の元となるデザインや企画に関する特許の周辺情報を簡単に入手できることも起こる。実際に、特許侵害訴訟の原告は、特許の故意侵害の主張をした後に、ディスカバリーで得た被告の情報から新たに問題となる争点を追加したがる傾向がある。このような問題を回避するため、この「訴訟の主要な論点に関連する事柄」についてディスカバリーをおこなうための「正当事由」を示すことが必要条件とされた。⁸²しかもディスカバリーは、出し抜き行為の禁止、和解の促進、及び手続の規則的行為を奨励するために正当化されており、裁判所も繰り返しこの点から証拠について検討するためのディスカバリー制度の重要性を強調している。⁸³したがって、争点が、当該特許の侵害性、特許性、損害そして差止め救済などに関するものであるとき、⁸⁴それに関連する証拠の提出のためにも「正当事由」が必要となるのである。この「正当事由」は、当該ディスカバリーにおいて当事者が「それが正当化されると信じる理由をはっきり述べることができる場合」に存在しうるとされる。⁸⁵

ア 特許侵害訴訟で特許侵害者の顧客に対するディスカバリーを「保護命令」(protective order)によって阻まれた事例－Murata Manufacturing Co. v. Bel Fuse Inc., 234 F.R.D. 175, 2006 U.S. Dist. (2006).

本件は、特許侵害訴訟に関連するディスカバリーの制限に関するものである。

ムラタ製作所(以下、「ムラタ」とする。)はコンピューターに用いられるモジュージャックとそれに類似する電子的デバイスについての特許を所有しており、このモジュージャックはノイズ抑止機能を持っているために外部からの電磁シグナルの反対効果を減退させるという特色があった。ムラタの申立

てによると Bel Fuse Inc. (以下、「ベル」とする。)が、この特許に関する合衆国特許法 35 U.S.C § 271(a)に違反し、特許侵害したモジュラージャックを合衆国内において製造し、使用し、販売し、かつ輸入し、あるいは販売のために提供していること、そして同法 35 U.S.C § 271 (b)に違反し、第三者による侵害を誘発(induce)し、また誘導し続けていることが問題となっている。⁸⁶

ムラタは、そこでベルの営業活動の内容を知るため、ディスカバリー手続においてベルの顧客名簿の開示を要求したが、ベルはこれに対してディスカバリーを拒否するために保護命令を求めた。他方、ムラタは、ベルの保護命令で示された正当事由には根拠がないとして、その請求無効を申立てた。

a 事実の概要—保護命令について

この保護命令をめぐる攻防には事実審裁判所での次のような経過があった。

まず、イリノイ州北部地区連邦地方裁判所のブラウン(Brown)治安判事は、ベルの保護命令の申立てを認める一方で、ムラタに対しては、ベルの経営上の情報を得るために「顧客情報に関するディスカバリーをする権利については、その根拠を示すことで新しい申立てをするのは自由である」⁸⁷とした。そこでムラタは、ベルに対して「顧客を確認する文書を提出させるための新しい申立て」を提出した。これに対しベルは、再度、それに対し保護命令の申立てをした。これに対しブラウン裁判官は、ベルの保護命令の申立ては認めたが、ムラタの申立ては拒否した。ブラウン判事は、「公正の見地からムラタにベルの顧客名簿情報を得ることが許されるかどうかについては再検討する」と述べた。⁸⁸しかし、のちに、この点について同裁判官は、「ムラタは、問題となった侵害者の顧客が宣誓供述を行ったとか、問題となった侵害者が特許所有権者の意思に反して商事的な成功を立証するためにその顧客名簿の提出を求められた、との主張に関しては何らの先例的ケースも根拠として示さなかった。」⁸⁹として、ムラタがベルの顧客と接触することを禁止する命令に入った。これに対しムラタは、訴訟が最後の段階に到達しているため、状況は変わっているとし、同裁判所に対し、ベルの保護命令を無効にし、ベルの顧客に対するムラタのディスカバリーを許すことを要求する第二の修正申立てを行った。その際、ムラタは、裁判所の保護命令が、ベルの新しいクレームについてのディスカバリーを実行することを著しく妨げていることを強く主張した。実際、ベルに対する規則 30(B)(6)による証言録取の間、ベルの弁護士は、予想される証人に対して、顧客である Microsoft に関する質問については答えないように指示していた。これに対し、ムラタは、ベルが証人を脅迫していると主張し、当該保護命令が禁止しているディスカバリーを実行することなくしては、そのような動きに対

して抗弁できないと主張して、保護命令を無効にすることを要求した。

ムラタは、ベルがサマリー・ジャッジメント (summary judgment) を求めることでムラタに対して威圧をしていると主張し、そのような威圧的な申立てに対しては、当該保護命令が禁止しているディスカバリーなしには対抗できないと主張して、保護命令を無効にすることを要求した。

b 争点

本件の争点は、新たに特許侵害申立て（相手方の新しいクレーム）が追加された場合には、それまでに出されていた保護命令は無効となるかどうかである。

c 判旨

(i) 保護命令を無効とするための要件

連邦民事訴訟規則 26 (c) の下では、裁判所は、「当事者または人物を困惑、当惑、圧迫または不当な負担または出費」から保護するために「正当事由が示されたとき」には、保護命令を出しうるとしている。ブラウン治安判事は、もしムラタがベルの顧客に接触したならば大きなビジネス上の不都合があるとのベルの主張がこの正当事由に当たるとした。他方、ムラタは、ベルの挙げた正当事由を覆すような先例を一件も挙げていないことを指摘した。

ブラウン判事は、保護命令を無効とする要件を Bayer AG and Miles Inc. 事件⁹⁰判決に依拠して示した。その要件はまず、保護命令の性質、次に保護命令が出されたときに現われるディスカバリーへの影響についての予見可能性、そしてこの命令に対する当事者の信頼、及び正当事由の有無であるとした。

(ii) 保護命令の性質

保護命令を無効にすべきかどうかを決定する際に、同裁判所は保護命令の性質と、「それが裁判所に強要されたか、当事者によって求められたかに関係なく、その範囲」⁹¹を考慮しなければならないとした。同裁判所は、この保護命令の範囲に関して三つのカテゴリーを特定している

それは、「包括的保護命令」(umbrella protective order)、「全面的保護命令」(blanket protective order)、「特別な種類の情報を守る保護命令」である。「包括的保護命令」は全ての保護命令を認めるというものであり、「全面的保護命令」は、当事者に営業機密や他の秘密の商業的な情報を含むと信じられている文書全体を保護するものである。⁹²この種の保護命令は、営業機密に関する

訴訟、とくに競合企業間の事件において当事者によって同意され、裁判所によって承認される。当事者双方が同意しているため、後に保護命令を修正したり無効にしたりすることは困難である。他方、「特別な種類の情報を守る」保護命令は、「正当事由」の産物であり、これも修正もしくは無効にすることは困難である。本件では問題となった保護命令の性質(いずれのカテゴリーに属するか)が、争点になっており、同裁判所は準備書面の交換と口頭による陳述を経て正当事由が確立されているとして、ムラタの保護命令無効の申立てよりもベルの主張するディスカバリーを拒否するための保護命令を重要視した。

(iii) 正当事由の有無

保護命令を無効とするための正当事由としてムラタは三つの部分の議論を行っている。

まず、ベルが特許侵害の誘因(inducement of infringement)のクレームを新たに加えていたこと、さらにベルがムラタの顧客に対する召喚状を求めたこと、そしてベルがムラタの誘因のクレームに対してサマリー・ジャッジメントを要求していることである。しかし、本件の裁判所は、ベルによるムラタの被特許権者の召喚や、ベルの中間判決の申立てが脅威であるとするムラタの主張を却下した。⁹³その理由は以下の通りである。

第一に、サマリー・ジャッジメントの脅威は保護命令を無効にするための正当事由ではない。

ムラタは、ディスカバリーを行うことが不可能にさせられている間、ムラタの誘因クレームに対してサマリー・ジャッジメントの申立てをベルが提起するという脅威によって、保護命令を武器として不公平な用い方をしていると主張する。しかしながら、サマリー・ジャッジメント申立ての提起は、ディスカバリーをするための当事者の能力または無能力に関する条件ではない。連邦民事訴訟規則 56(b)の下では、ディスカバリーがない場合でさえ被告は常にサマリー・ジャッジメントを求めることができるとしている。しかし、このことは、ムラタが事実上、実際の不利益損害を受けていることを意味しない。

まず、そのような申立てが実際に提起されるかどうかは不確かである。したがって、不確かな推測に基づく疑わしいディスカバリーは認められるべきではない。つまり、ベルのサマリー・ジャッジメント申立ての可能性は十分に熟していない。つづいて、もしベルが中間判決のための申立てを提起するならば、裁判所は、「当事者の反対を十分に正当化するために主要な事実」を探求するための追加のディスカバリーを許可することに十分な裁量を持つ。したがって、サマリー・ジャッジメントに「脅かされている」とする申立ては、保護命令を

無効にするための正当事由を構成する状況の変化には該当しない。何らかの潜在的な問題点は連邦民事訴訟規則 56(f)で適正に処理することができる。

第二に、ベルのムラタの被特許権者および将来の被特許権者に対する召喚は、保護命令を無効とする正当事由ではない。

ベルはムラタの現在の被特許権者の二社と、そして二社の潜在的な被特許権者に対し召喚状を求めた。この召喚状は、とりわけムラタとの訴訟になっている特許およびムラタと合意したほかの契約に関する情報を求めている。ムラタは、ベルがムラタの顧客との接触を許されているのにムラタが同じことをできないことは、明らかに不公平であると議論している。

しかし裁判所は、ムラタがこの二つの状況が多少なりとも似ていることの説明をなしていない。⁹⁴ベルの状況とムラタの状況の差異は明白である。ムラタは、この時点まで召喚状に対して反対していなかったし、ベルのディスカバリーを妨げるための保護命令を申し立てていない。しかし、より重要なことは、ベルは、ムラタがベルの顧客にどのように接触しているか、およびベルがその顧客に提供している問題となっている製品に関する特許侵害の誘因についてのディスカバリーを求めることが、そのビジネス上の関係を損なう点について説明していることである。ベルの顧客が、特許の所有者によって接触され、購入している製品が特許侵害の可能性があることを告げられることは、ベルの正当な関心事であるといえる。その顧客が他のメーカーの製品に転換する予見は容易だからである。ムラタはベルの召喚状がどのように類似した損害をもたらすか説明をしていない。

訴訟となっている特許権のムラタの使用交渉およびライセンス同意に関するベルの探求は、ムラタがこれらの会社に持つ顧客関係には何の関係もないであろう。これらの会社がムラタとの関係を放棄することを示すものは何もない。

第三に、特許侵害申立ての追加は保護命令を無効とする正当事由には該当せず、代替策が可能である。

合衆国特許法 35 U.S.C. § 271(b)は、「現実に特許侵害を誘引する者は、特許侵害者として有責である」とする。ムラタの言い分は、ベルがアメリカ国外の顧客に第 6 4 1 番特許で保護されたモジュラージャックを販売し、その顧客がそれを用いた製品を組み立て、合衆国内で販売しているというものである。ムラタによれば、ベルは、ベルの顧客がそのようなビジネスに従事していることを知悉しているという。しかし、ムラタは保護命令を無効とする正当事由を構成する状況の変化を立証できていない、と同裁判所は判断した。

ムラタは、保護命令を無効とする状況に変化があるという主張を主張する。しかし、状況は変わっていないし、ムラタは、ベルの顧客からのディスカバリーを可能とさせるような先例（case law）を示せていない。しかもムラタは、

状況変化があるとしている時点から10ヶ月後にこのような申立てをしている。このような行動が保護命令を無効とする状況に変化があることを損なっている。「正当事由」は、状況が変化したとき、あるいは新しい状況が出てきたときに示唆される。ムラタは、保護命令を無効とする正当事由を構成するに十分な状況の変化があったことの立証ができていない。⁹⁵

つまり、保護命令は、ムラタにベルの顧客と接触することを禁じているものの、ムラタには、ベル自身を含む、ベルの顧客以外の者から情報を得ることを禁止していない。ムラタはそのような方法をとることが可能なことを争わず、ベルがディスカバリーの妨害をしていることを主張している。つまり、ベルが証拠隠しをしているというが、それは立証されていない。アメリカ国外にベルが販売している製品の割合に関するディスカバリーと、それが最終的に組み込まれアメリカ国内に輸入される割合に関するディスカバリーとは全く別物である。ベルは、この点の情報を得ることにつき該当者に証言させるとしているのであるから、ムラタもベルの顧客と接触しなくても情報を得ることができる。つまり、ベルが上記の製品の割合を示すことができるのである。「保護命令は、ある種の情報を保護するのではない。それはたんにある情報を獲得する手段を締め出すだけである」。⁹⁶したがって、ムラタの接触によりベルとベルの顧客との関係が危機に瀕するとのベルの立場は受け入れられる。ベルは、ムラタが他の手段によってはベルの顧客の情報を入手できない（not available from alternate sources）ということを立証できていないと主張している。ベルがムラタに問題となっている情報を与えることは、保護命令とは抵触しない。他の方法でムラタが情報を得ることができるのであり、手続はそれに従って進められるべきである。

d 決定

上記の理由から、保護命令を無効を求めるとするムラタの申立ては却下された。

e 本判決の意義

本判決では、保護命令の性質について、「アンブレラの」包括的保護命令、「ブラケット的」全面的保護命令、そして当事者が開示を争う特別な種類の情報を守る場合の保護命令に分けて分析し、本件では第三のものが、争点になっている。

ムラタは、保護命令を無効とするための正当事由として、ベルによるムラタ

の被特許権者の召喚、つまり、ベルがムラタの顧客との接触を許されているのにムラタがベルの顧客にアクセスできないことの不公平さや、ムラタの提起するクレームに対するベルの中間判決の申立ての問題をあげた。同裁判所は、いったん出された保護命令を無効にすることを求めている当事者が、正当事由を確立しているかどうかを考察する場合に、裁判所は、当事者の保護命令の必要性和、それに反対している当事者の保護命令の必要性を衡量しなければならないとした。同裁判所は、ベルが実際に中間判決の申立てを提起するかどうかは不確かであること、もし仮にベルが中間判決の申立てを提起しても、その場合に裁判所は、追加のディスカバリーを許可する裁量権を留保したままであるという理由からムラタの申立てを却下した。

さらに、ベルによるムラタの被特許権者の召喚に関しては、同裁判所は、ムラタがベルの顧客にどのように接触しているか、またベルが問題となっている製品の特許侵害の誘因についてのディスカバリーを求められることの方がそのビジネス上の関係を損なう、という点に関してベルが十分に説明しているとする一方で、ムラタは、ベルの召喚状がどのように類似した損害をもたらすか具体的な説明をしていない点もムラタの正当事由の却下理由に挙げた。

結局、同裁判所は、保護命令を無効とする正当事由を構成するほどの十分な状況変化のあったことについてムラタは立証を尽くしていないと判断し、むしろムラタが他の方法で当該情報を得ることができる可能性がある限り、保護命令を覆すことはできないとした。

本判決は、保護命令が認められた場合に、逆にそれを覆すための「正当事由」の証明程度の高さを示すとともに、とくに求める情報が代替的に入手できる場合には、保護命令は容易に覆せないことを示したものである。「正当事由」が保護命令の条件であるだけでなく、いったん認められた「保護命令」に対し、状況の変化を理由にそれを覆すことを求める場合でも、相手方の「正当事由」を上回る「正当事由」の立証責任のあることを示したものである。

イ 特許権侵害を立証のために訴訟の相手方の資料等を保全する「保護命令」とその場合の「正当事由」に関する事例—Monsanto Co. v. Roger Woods, 250 F.R.D. 411(2008).

a 事実の概要

特許権者である原告 Monsanto Co. と Vionsanto Technology は、合衆国特許法 35 U.S.C. § 271 に従い、特許侵害についてライセンス(特許被許諾者)に対し訴訟提起しており、横領(converse)、不当利得(unjust enrichment)、およ

び契約違反を主張した。原告は合衆国の二つの特許(U.S. Patent No. 5, 352, 605 と U.S. RE39, 247E)を所有している。この特許は、Roundup Ready Crop という農業用に市販された種子の技術であり、除草剤の Roundup に対して耐久性があるという特徴をもった品種である。

原告と被告は、2005年の収穫期に Roundup Ready Crop 種子を植える権利を被告に認めるライセンス契約をとり結んだ。そのライセンス契約では、被告に種を保持し、植え直し、さらにそれらを譲渡することを禁止しており、またそこから新たに種子を作り出すことも禁止していると原告は主張した。原告は、被告が2006年またはそれより早期に植えられた Roundup Ready 種子から得られた大豆の種子を植えたので、これは契約違反にあたると主張した。

原告は、損失について立証する際に物的証拠となる被告の手元にある当該種子と残留農作物について紛失や破棄がなされないように、迅速なディスカバリーを実施することをミズリー州東部地区連邦地方裁判所に求めた。原告はこのような証拠が、土地を耕作しなおしたり、他の場所への移動等によって故意に破棄される可能性のあること、または故意でなくとも、天候や種子の劣化によってそうなることを主張した。そのため原告は、被告の土地を確認し、種子の所在を示し、さらにサンプルを集めるために被告の土地に立ち入る許可を得るために、Farm Service Agency(農業サービス庁、FSA)の記録を入手する命令を裁判所に求めた。その際、原告は被告に対して、FSA の検査記録、農業評価記録および農作物の生産売買記録を提供するよう求め、本件の提訴後も原告は再びそれらの情報の提供を被告に求めたが、被告は提出しなかった。そこで最終的に原告は、被告が証拠を破棄することを阻止するためのディスカバリー上の保護命令を要求した。

b 争点

ライセンシーの特許権侵害を立証するために相手方の資料等を保全する「保護命令」は可能か、またその場合の「正当事由」はどのように示されねばならないか。

c 裁判所の判断

原告は、裁判所に迅速なディスカバリー(expedited discovery)と保護命令の申立てに基づく聴聞を行なうことを要求した。連邦民事訴訟規則 26(d)(1)は、当事者が事前に面会協議(meet and confer)し、規則 26(f)にもとづいて確認するまでは、当事者は情報源のディスカバリーを要求できないことを規定してい

る。⁹⁷しかし本件では、被告の怠慢のために、当事者は面会協議ができていない。原告の迅速なディスカバリーと保護命令の申立てに関する聴聞を行うことの要求は被告に伝えられ、記録では2008年1月30日に被告に申立てが到達したことも示されている。しかし、被告はそれに応答するか、または、聴聞に応じる機会があったにも関わらず、何の反応もしなかった。そこで原告は一方的申立(ex parte)手続によって迅速なディスカバリー申立てをおこなった。この点につき同裁判所は、被告の怠慢で聴聞がなされなかった場合、関係した争点につき原告が主張を十分に示しているときには聴聞の必要はないとし、上記規則の例外となると判断した。⁹⁸

当事者が迅速なディスカバリーを実施するための資格があるかどうかの結論を出すために、同裁判所は、以下の二つの基準のうちの一つを用いて検討した。一方は、「正当事由」もしくは「合理性」の基準を適用するもので、他方は、差止め命令を出す際に考慮すべき一連の要因を分析する方法に類似した基準である。同裁判所は、正当事由の基準の下では、迅速なディスカバリーを要求する当事者は、迅速なディスカバリーの必要性が相手方が受ける不利益や損害よりも上回ることを示さなければならないとした。つまり、「正当事由」の基準が、本事件では適切な基準であると認め、原告は被告の会社に関連ある証拠を収集するための合理的な試みを行っていたし、また一連の文書と物的見本に限定し、迅速なディスカバリーを求めた。さらに、同裁判所は、原告が、時間の経過と共に、被告の故意による破棄または証拠の移動について、あるいは天候や種子の損傷のような故意でない要因によって原告の主張に関連ある証拠のディスカバリーによる入手の可能性は減少することも主張しており、これらは「正当事由」となる、とした⁹⁹。

この事件に類似した事例においても、他の連邦地方裁判所は、迅速なディスカバリーを命ずることが適切だと認識している。¹⁰⁰たとえば Pod-Ners, L.L.C.事件¹⁰¹は、植物種保護法(Plant Variety Protection Act)の下で合衆国農務省によって発行された保護証明書に対する侵害訴訟であったが、裁判所は、「問題となっている豆は必需品であり、販売、転売そして消費されるものだし、時間の経過とともに消費されるか使用されるものである」という理由で迅速なディスカバリーについての申立てを許可している。¹⁰²また他の事件の判決においては問題となっている情報が、事業の成り行きに応じて継続的に上書きされるコンピューターのハードデバイスに保存されていたため、裁判所はその情報がコンピューターの常時使用によって失われる可能性を強く認め、原告に迅速なディスカバリーを行なうことを認めた。¹⁰³これらの事件はともに時間の経過によって関連ある証拠収集を不可能にさせるものであった。この場合、原告が迅速なディスカバリーを行なうことを裁判所に認めさせるために正

当事由の証明が求められた。

原告に迅速なディスカバリー権を与えることを正当化する場合に、差止め命令の基準を用いた裁判所でも、差止めを決定する際に「関連がある」(relevant)とする要因は、それが「(1) 修復困難な損害である場合、(2) 問題点を摘出するのに成功する可能性がある場合、(3) 迅速なディスカバリーによって修復困難な損害の回避可能性がある場合、および(4) 迅速なディスカバリーが与えられない場合に、それが与えられると被告が蒙る損害よりも大きな損害があるだろうという証拠のある場合、

である」としている。¹⁰⁴

本件で、原告は、被告の証拠が損なわれる可能性があり、それが結果として原告への損害を生じること、さらに損害と求められたディスカバリーとの間に関連性があることを示している。そしてこの証拠がもし逸失されたならば、原告の主張に対して取り返しのつかない損失となるとした。また原告に被告の農業上の記録を調査することを許し、作物の見本を得ることを認めたとしても、被告への損失は僅少であるにもかかわらず、被告は、依然不履行のままであるだけでなく、起こりうる自身の損害についても全く主張していないと同裁判所は判断した。

規則 26(c)(1)(B)は、裁判所が、「開示またはディスカバリーについて、その時間と場所を含んだ期間を明白にして」ディスカバリーを求められている当事者または人物から要求された保護命令に入ることができると規定している。したがって同裁判所は、物証の逸失を防ぐために保護命令に入ることと認めた。¹⁰⁵

d 判決

それゆえこの結果を踏まえ、原告の申立ては、迅速なディスカバリーについて保護命令が与えられるとし、この保護命令に従ってディスカバリーが同日に始められると判決した。¹⁰⁶

e 意義

本判決は、ライセンスの特許侵害を立証するために相手方の資料等の保全を目的とした保護命令が認められたものである。特許侵害事件においてはディスカバリー情報そのものの開示許諾の如何が、訴訟当事者にとって致命的となりうる。そのため、相手方の有する情報の開示については高い程度の「正当事由」が求められることは合理的であるといえることができる。この点、ムラタ事件で

は、そうであるが故にいったん認められた保護命令を覆すために高い程度の「正当事由」の立証が課せられ、他方で、モンサント事件では特許侵害訴訟であっても相手方が一切の開示に応じない場合には、「正当事由」を示すことで開示させる保護命令がありうることが示された。

(3) 営業機密

ここでは、trade secret（トレード・シークレット、ここでは以下、「営業機密」と訳す。）を、保護命令の対象とする場合、どのように正当事由が示されなければならないかについて指針を与える判例を紹介する。特許訴訟とならんで営業機密は、いわば企業の知的財産であり、また他方で企業自身のプライバシー情報でもあるからである。

営業機密とは何かについて、統一営業機密法(Uniform Trade Secret Act, UTSA)¹⁰⁷の第1条4項は、以下のように営業機密を定義する。

「営業機密とは製法、原型、編集したもの、事業、発明品、方法、技術また工程を含む情報を意味する。すなわち、(i)それが、その他の人に一般的に知られていないもので、それを開示しまたは使用することから経済的価値を得られ、通常的手段では簡単に得られないもので、現実または潜在性に独自の経済価値を生み出し、さらに、(ii)それが、一定の状況下でその機密性を維持することが合理的な努力の対象である、ことである」。¹⁰⁸

この条文に示されたコメントによれば UTSA の下での営業機密の定義は、「一つのビジネスにおいて継続的に用いられること」とし、旧来の営業機密の定義、つまり「ある人のビジネスに用いられている情報の公式、パターン、装置または編集のどれもが、それを知らないあるいは使用していない競合相手以上に利益を得ているもの」とする不法行為に関するリステイトメント第一版¹⁰⁹の定義からは離れている。したがってこの UTSA 定義は広義であり、これまで営業機密を使用する機会がなかったり、そういう手段を得ていなかった営業機密の所有者に保護の対象を拡大している。¹¹⁰

このように、営業機密はかなり広範囲に解されており、そのため営業機密は、新たな発明のようなものから、顧客リストのようなものまでを含むことがある。もちろん第三者によって容易に収集されるような単なるありふれた情報だけを含んでいる顧客リストについては営業機密として保護されないが、公的情報を用いて顧客リスト作成のために多大な時間、労力及び費用を費やしたようなリストは、情報源としてそのビジネスにおける守秘的なものとして営業機密保護が与えられる。¹¹¹

営業機密は、とくに今日の高度な技術世界において、ウェブサイトやコンピュータソフトウェアを保護するためにその認知がより拡大してきた。したがってコンピュータに関連した営業機密の保護に関する事件は、その問題点が通常「ビジネス」として知られるものではなく、一般的に多少とも独創性があり、または新奇性のあるものを対象としてきている。しかし、この独創性や新奇性のレベルについては、特許保護の要件ほど厳格ではないが、十分に保護される必要のある情報のレベルであることを要する。一般的に、ソフトウェアに関しては、裁判所は競合する他のソフトウェアに対して競争上の優位性をもつような、独自の工業技術上の論理及び一貫性を有するものかどうかに注意が向けられている。¹¹²

ア 営業機密の保護が必ずしも優越されない事例—Coca-Cola 事件 (Coca-Cola Bottling Co. v. Coca-Cola Co., 107 F.R.D. 288(D. Del. 1985)).

a 訴訟の背景

清涼飲料のコカコーラについての完全な製法は世界中で最も守られた営業機密の一つである。その独特の風味をコカコーラに与える材料は、香料と「マーチャンダイズ（商品）7 X」として知られる材料の調合である。コカコーラ社によって厳しく保護されてきたマーチャンダイズ（商品）aの製法は、コカコーラ社内の二人の人間だけにしか知らされていなかった。秘密の材料について書かれたこの記録は、ジョージア州アトランタの信用銀行の貸金庫で厳重に保管されており、それは会社の取締役会決議がないと開けることができない。このコカコーラの「秘密の」材料の公開をめぐる争われたのが本件である。

¹¹³

1982年7月8日、コカコーラ社は市場にダイエットコーラを発表した。商品名は注意深く選ばれ、「ダイエット」という表現と市場評価の高い「コカコーラ」の名前が当てられた。その宣伝は新しいコーラの味とコカコーラとの関係を強調したもので、ダイエットコーラへの公の反応はわずか三年間で驚異的なものになり、それはソフトドリンク販売会社として合衆国内で第三番目の大会社となり、そしてダイエットソフトドリンク販売会社として世界最大の会社になった。

ダイエットコーラの発表は、すぐさまダイエットコーラを提供したコカコーラ・ボトリング社とコカコーラ社との間で、ダイエットコーラのシロップについてコカコーラボトリング社にどのくらいの報酬を支払うべきかという論争

を引き起こした。コカコーラ社はダイエットコーラが存続中の契約には含まれないとの立場をとり、新しい契約期間が合意されるべきだとした。逆にコカコーラ・ボトリング社は、存続中の契約の下で、ダイエットコーラを提供することが義務付けられているものと信じていた。この論争は、1983年初旬に訴訟となった。

この訴訟の原告コカコーラ・ボトリング社は、被告コカコーラ社に対し、契約違反、保護的合意に対する二つの命令違反、商標侵害、商標価値の減少及び連邦反トラスト法違反を訴因として訴訟提起し、そこで宣言判決と差止めによる救済及び金銭的な補償を求め、同時に、関連情報のディスカバリーを要求した。¹¹⁴

b 争点

この訴訟の第一の争点は、「コカコーラ・ボトリング社のシロップ」という契約上の用語が、ダイエットコーラを作るために用いられているものに該当するかどうかである。¹¹⁵第二の争点は、原告による被告の製法についての情報開示の必要性の方が、被告の営業機密の保護の必要性より重点を置かれるべきか否かという点である。¹¹⁶

c 当事者の主張

原告は、被告のコカコーラとダイエットコーラが二つの異なる製品だという反論に応えるために、被告コカコーラ社の秘密の製法の開示が原告の主張を立証するための「関連性と必要性」に基づくものであるとした。被告コカコーラ社は、製法が本件訴訟において中心的な争点を解決するための「関連性のある、そして本質的要素である」と言う原告の主張を拒否するとともに、被告の営業機密の開示は、訴訟のこの段階では不適當であると主張した。¹¹⁷

デラウェア州連邦地方裁判所は、当該製法に関するディスカバリー上の争点を解決する可能性を当事者とともに検討したが、コカコーラ社に対する秘密開示の必要性は認めなかった。その後、当事者は製法に関する争点について集中的な交渉を行ったが、合意には至らず、むしろ被告コカコーラ社はコカコーラクラシックとして古いコカコーラを再導入するとした。

この訴訟に共通の争点は、ダイエットコーラとコカコーラには原告の同じシロップが使われているかどうかである。被告コカコーラ社の初期の抗弁は、コカコーラとダイエットコーラが二つのまったく異なる別な製品であるということだった。原告は、ダイエットコーラとコカコーラの二種類のコーラは一般

的な特性を共有するものであって、二種類間の違いは重要なものとはいえず、単に味の違いを達成する試みを反映したものだということを示すことによって、二種類の製法は関連性があると主張した。しかも原告は、新しいコーラの導入とともに、それがダイエットコーラの秘密製法の一部を用いたのであるから、新しいコーラが古いコーラに類似するというより、新しいコーラはダイエットコーラにより近いということは確かだと主張した。これに対して被告は、甘味料の違いを除いて、原料の類似性と差異性は、ダイエットコーラとコカコーラが同じ製品かどうかの決定に関連性はないと主張した。被告の反論は、この点につき、それぞれの飲料の味の相違性、飲料の異なる重要な特徴、飲料の異なる消費者市場、及び飲料に対する異なる消費者の認識に依拠するものであった。¹¹⁸

d 裁判所の判断

同連邦地裁は以下のように判断した。「営業機密が訴訟においてディスカバリーから完全に特権化されていないことは、はっきりと確立されている。……営業機密に関係するディスカバリーに反対するためには、当事者は最初にディスカバリーを通して求められた情報が営業機密に該当し、かつその開示にはリスクがあることについて証明力ある証拠によって立証しなければならない」¹¹⁹と述べた。このことが示されるならば、「営業機密の開示が本件訴訟への関連性と必要性があることについての立証負担は、ディスカバリーを求めている当事者に移る」¹²⁰とした。

ディスカバリーにおいて営業機密の開示が求められているときに、申立人が満たさなければならない支配的関連性基準（governing relevance standard）は、正式事実審理前のディスカバリーに適用されるより広い関連性の基準である。すなわち、申立人は求められている文書が訴訟の主要な問題に関連性のあることを示さなければならない。この基準とともに、申立人にとって審理の準備をするためにとくに特定の情報が必要であるということ（必要性、necessity）を示すことが求められる。この必要性の証明基準は、その法的根拠を証明することと相手方に反論することを含んでいる。

いったんこの関連性と必要性が立証されると、裁判所は情報の必要性和、開示が命令されたならば生じるであろう損害との均衡を取る必要性がある。なぜならば、保護命令は開示される範囲を限定することになるため、比較衡量される関連損害は、公への開示によって引き起こされるであろう損害ではなく、適切な保護命令の下での開示に起因する損害だからである。この点で、営業機密所持者と競合の関係にない当事者への開示は、競合者へのそれよりも危害が少

ないだろうと推測される、と裁判所は述べた。¹²¹

情報の必要性和開示によって生じる損害に対する保護の必要性和との間の均衡について、いったん開示について関連性と必要性が示されると、開示が選ばれる傾向があり、連邦最高裁が認めたように、「営業機密と守秘性のある商事情報の開示を禁止する命令はまれである。」¹²²これに関連する判例法においても、いったん申立人が秘密情報は関連性と必要性があること確立したならば、ディスカバリーが実際上は命令されることを示している。営業機密に関するディスカバリーが許可されるのは、それが訴訟の進行を促進する必要性があるときはいつでもそうであり、適切な特権が示されない場合はもっと簡単である。つまり、裁判上の調査は極度に妨げられるべきでないとの方針である。

ラーニッド・ハント(Learned Hand)裁判官は、初期の営業機密の開示に関する事件について判決した一人である。彼は「被告に対して営業機密の開示を強制するかもしれないこと、そしてそれによって被告に損害を与えるかもしれないということは真実である。……しかしながら、それは、そのような事件における開示では不可避の出来事である。そして被告が応答を強制されたと言うのでない限りは、開示がなされないと、原告は被告が不正をしているかどうかについて知る権利が奪われる」¹²³と述べた。

営業機密の開示可能性について争う場合、とくに本件では全ての製造方法についてディスカバリーする必要性は、必然的に製法が事案に関連性があるかどうかにつきる。原告は様々なソフトドリンクに含まれた原料と比較することによって製品の同一性の争点を提示するために、被告の完全な製法の開示を必要としている。原告は、原告の専門家証人が完全な製法を分析でき、しかもその製品が同一であるという理由を説明できない限り、ダイエットコーラとコカコーラは二つの製品であるという被告の専門家証人の主張に応答できない。たんに公に開示されている原料からそうである、というだけでは明らかに不十分である。なぜならそれらは不十分なものしか提出できないし、秘密原料はコカコーラの味に重要なポイントを占めるからである。甘味料を含む公にされた原料の違いは、それらが秘密原料についての類似点と相違点の開示を通して比較的に出されない限り理解されることはない、と裁判所は判断した。¹²⁴

さらにディスカバリーによって、古いコーラの秘密原料がダイエットコーラを作るために加工されたこと、そしてこれらの加工は、砂糖に代替して人工甘味料を使用することによって生じた味の変化と釣り合うように意図されたことが明らかになっている。秘密原料の変更の効果は、他の原料への変更をやめさせ、ダイエットコーラをコカコーラの味のようにさせていることが裁判所によって認められた。さらに被告の提案した合意案は、秘密の原料の数量を明らかにしておらず、もし、コカコーラとダイエットコーラの秘密原料が同様の 1

00の原料で構成されているならば、二種類のコーラについて全ての原料の大多数が全く同じであるために、仮に秘密原料がその中でほんの少しだけだったとしても、明らかになる事実は原告にとってより有利になるだろうと、¹²⁵された。

結局、被告の提案した合意案は、営業機密についての被告の主張によって原告が尋問の権利を奪われているという問題を解決しない。つまり、被告の提案した合意案は、ディスカバリーが行われることに比べた場合、さほど原告に有利なものとは思えないし、開示の必要性自体までも取り去るものでもない、¹²⁶と裁判所は判断した。

e 判決

被告は、秘密製法を含むすべての材料を開示しなければならない。しかし、それは公への開示を認めるものではない。

f 意義

本件は、ディスカバリー情報の開示について、その対象が営業機密である場合、それが営業機密自体であるということは「正当事由」とならず、本案訴訟のためには被告の営業機密の保護のための必要性よりも、原告の製法を知る必要性の方が重点を置くべき問題であると判断された事例である。その際の法的な要件として、当該開示の「必要性」と「関連性」の立証責任が必要とされた。営業機密についてディスカバリーが行なわれる多くの事例では、営業機密を保護するほうに重点が置かれがちであり、正当事由も認められることが多いが、本判決では、両者の主張を比較衡量することによって、原告の必要性和関連性が認められた。また当該営業機密は第三者に対して開示しないと判断しており、この点について営業機密への配慮があるものの、営業機密を保護することが何よりも優先されるというものではないということが示された点で、保護命令の本来の意味を再確認する判断であると言える。

イ 第三者の営業機密性について正当事由を示しうるだけの立証がないとされた事例—**R. J. Reynolds Tobacco v. Philip Morris, Inc.**, 29 Fed. Appx. 880, 2002 U.S. App. LEXIS 3355(2002).

a 事実の概要

タバコ製造業者 R. J. Reynolds Tobacco(以下、「レイノルズ」とする。)は、競合企業 Philip Morris, Inc.(以下、「フィリップモリス」とする。)に対し独禁法違反の訴訟を提起した。ペンシルヴェニア北部地区連邦地方裁判所の Marvin Katz 裁判官は、第三者であるフィリップモリスの小売業者 Wawa (以下、「ワワ」とする。)にディスカバリーの召喚状を出し、さらにその召喚費用を負担することを命じた。

ワワは、被告のフィリップモリスのタバコ製品の小売流通業者であり、また本件では第三者である。ワワは、ペンシルヴェニア州東部地区の裁判所によって出された二つのディスカバリー命令に対して控訴した。2000年11月15日に出された最初のディスカバリー命令は、原告であるレイノルズが召喚状にもとづいて要求した一定の文書を提出することをワワに求め、第二の命令は、同月20日に出され、召喚に伴う費用を支払いをワワに命じたものであった。

レイノルズの召喚状では、ワワのタバコ販売事業、とくにフィリップモリスとの関係及びフィリップモリスの小売業指導計画に関する文書とその情報を要求している。レイノルズがこの召喚状によって求める文書と情報については、最初に訴訟が提起されたノースカロライナ州の連邦地裁で出された保護命令に従うことになった。この保護命令では、「提示された情報と文書は差し迫った訴訟の目的のためだけに用いられるべきであり、そうでなければ開示されない」¹²⁷としていた。しかし、ワワは、レイノルズによって要求された文書についてそれらが特権ある営業機密に該当すると主張して、その提出を拒否した。

b 争点

本件訴訟の第三者であるワワは、ノースカロライナ州でのレイノルズ対フィリップモリス訴訟に関する地方裁判所の命令に対して当事者でないため控訴できない。したがって本控訴裁判所の判断基準は、地方裁判所が当該命令の決定においてその裁量を濫用したかどうかということである。具体的に、第一の争点は、召喚状に基づく最初のディスカバリー命令に対して、営業機密に基づき特権化された情報であることを「正当事由」としてワワは開示を拒否できるかどうかであり、第二の争点は、ディスカバリー費用につき、ワワが費用負担しなくてはならないかどうかである。

c 裁判所の判断

(i) 第一の争点について

ワワは、二つの主要な議論を進めた。最初に、レイノルズの召喚状が規則

26(B)(1)の下で認められた「関連あるディスカバリー」という範囲を超えているという主張である。召喚状について直接規定している連邦民事訴訟規則は、規則 26 ではなく規則 45 であるが、他方、規則 26(B)(1)では、「他の当事者の主張や抗弁に関連がある、特権化されていない問題」に関するディスカバリーを認めているため、その基準を越えるレイノルズの召喚状は規則 26 に触れる可能性がある。本件では、レイノルズは、ワワの小売タバコ事業に関連する情報やフィリップモリスに関わる文書を要求していた。というのも、これらの情報は明らかにフィリップモリスの小売指導計画が独禁法違反であるというレイノルズの主張に関連するからである。

ワワは、その文書が営業機密として特権化され、それゆえ規則 45(c)(3)(B)(i)の下では得られないものだとして主張した。この場合、ワワが、その文書が特権化されたものであるとの立証責任を負う。召喚状に従った情報の開示が特権に基づいて差し控えられる場合、提出される文書の性質に関して十分な説明による立証が必要とされるからである。ワワは、ある種の文書を営業機密であるとして特権としてリスト化していたが、その特権であるとする記述は、多くの文書の営業機密の特権性を立証するものではなかった。たとえば、「様々な日常の日誌」や、「様々な相手先や宛名を含むオフィス間のEメール」や、さらに「種々のワワのメモや通信」を営業機密としてリスト化していたにすぎないからである。¹²⁸

たとえワワが特権だとする文書が営業機密に該当することが示されたとしても、ワワの主張はまだ不十分である。なぜならワワは、そのような開示がなされると損害を蒙るであろうという点につき、そのような情報の拡散を制限するための正当事由について十分な証明ができていないからである。レイノルズの召喚状によって要求された開示は、ノースカロライナで用いられた保護命令の制限の下で行われる。その命令は、ワワから得られた情報の使用をレイノルズ、フィリップモリス及び他のタバコ製造業者間での係争中の独禁法違反と不公正競争防止法の訴訟に限定している。この保護命令の観点からしても、ワワは、地方裁判所が文書の提出を命令するにあたってその裁量権を濫用したとするほどのリスクについての十分な証明を示していない、¹²⁹とした。

(ii) 第二の争点について

規則 45(c)(3)(B)は、強制的な費用の分担を規定し、「実施される調査と謄写に基づく甚だしい(significant)費用」の負担から第三者を「保護する」ことを裁判所に命じている。地方裁判所は、召喚状が第三者に費用を課すのかどうか、そしてこれらの費用が「甚だしい」かどうか決定しなければならない。甚だしい

費用は、ディスカバリーを求めている当事者によって負担されなければならないのである。ワワの費用負担の規模を決定することなしにワワへの補償を拒否した地方裁判所はその裁量権を濫用したと考えられる。¹³⁰

d 判決

第三巡回区連邦控訴裁判所の Roth 裁判官は以下のように判決した。(1) これらの命令は、私たちの持つ控訴管轄権を超える最終的な命令である。(2) 召喚状の要求は許容されるディスカバリーの範囲を超えるものではない。(3) ワワは、召喚を受けた文書が、営業機密として特権化されたものであるとの立証ができていない。そして、(4) ワワのディスカバリー費用負担の問題は、費用が甚だしいかどうかをまず決めなくてはならない。

それゆえ、第一に、レイノルズの召喚状に基づいてワワに対し関連情報の提出を求めたことについて地方裁判所は、裁量権の濫用がなく、しかもワワは営業機密に基づく特権を証明できていないので、地方裁判所の最初のディスカバリー命令に関するワワの控訴を棄却する。

第二に、地方裁判所が、ワワのディスカバリーによって結果として被ったワワのディスカバリー費用について熟慮することなしに決定したという点につき、地方裁判所は、その裁量権を濫用したと判断する。したがって、レイノルズの召喚状に従ってワワに求められた費用負担に関する地方裁判所の命令は破棄する。そしてワワの費用に関して再検討するため、また規則 45(c)(3)(B)によって要求された費用を裁定するためにこの事件を地方裁判所に差し戻す。

e 意義

訴訟当事者でない第三者であっても、当該訴訟に関連する証拠を保持している場合は、ディスカバリーの対象となり、またこのような場合でも、ディスカバリーを拒むための保護命令は有効であるが、保護命令を申立てるには正当事由を示す必要がある。本判決は、訴外の第三者が営業機密である証拠を提示するのを拒む場合であっても、正当事由を示せていなければ保護命令は認められないと判断したものである。

このように営業機密の場合、個人のプライバシー情報や特許情報に比べて、その保護に対して裁判所が求めるりっしょうの程度や法律構成は厳格ではないように思われる。それはしかしながら、営業機密を理由とするディスカバリー情報の保護の際にも「正当事由」を示すことが求められているということと、その条件はプライバシー情報や特許情報よりも厳しいという点である。

4 小括

本章で取り上げた判例について簡単にまとめておこう。まず、プライバシー情報に関する判決として、シアトルタイムズ事件では、連邦最高裁は、規則 26(c)の保護命令の適用範囲を広げることを認め、規則 26(c)の文言上には明記されていなくとも、ディスカバリー手続が正式事実審理の前の段階であるため、公的な場面ではないとして、提出された情報の私的(private)側面を強調することで、提出された文書についてディスカバリー後の使用を制限する保護命令を認めた。

次にパンジー事件において、第三巡回区連邦控訴裁判所は、保護を求めている当事者への損害と、公への開示の利益とのバランスをとることが重要だとし、比較衡量とバランスの問題に触れた。この判決で正当事由を斟酌するための基準となるパンジー・バランス・テストが構築された。両判決で共通して問題となっているのは、訴外の第三者への開示についてである。訴外の第三者への開示は、①連邦コモンロー上の権利として、②憲法第一修正の権利として、または、③連邦民事訴訟規則によって、裁判記録等の公への開示は認められているものの、公への開示情報が第三者に転用されると訴訟当事者が多大な不利益を被ることになるため保護命令でその開示を阻止するというものである。

特許情報に関する判決として、ムラタ事件では、一度保護命令が認められた場合にそれを覆すための「正当事由」に関する証明責任の高さを示し、とくに求める情報を入手するのに代替的手段がある場合には、一度出された保護命令は容易に覆せないことを示した。他方、モンサント事件は、ライセンスの特許侵害を立証するために相手方の資料等を保全するために保護命令が認められたものであり、従来の保護命令の機能が拡大された。

営業機密に関する判決として、コカコーラ事件では、営業機密についてディスカバリーが行なわれる多くの事例では、営業機密を保護するほうに重点が置かれ、正当事由も認められることが多いが、両当事者の主張を比較衡量することによって、営業機密の保護が何よりも優先するものではないことを示した。そしてレイノルズ事件では訴外の第三者が営業機密である証拠を提示するのを拒む場合であっても、正当事由が示せなければ、保護命令は認められないと判断されたものである。

5 むすび

本章では、アメリカ民事訴訟手続のうち正式事実審理に入る前のいわば当事者の訴訟準備段階の証拠開示手続であるディスカバリーを取り上げ、そのうちとくに証拠の開示を制限する申立て手続である「保護命令」とそれを根拠づける「正当事由」に焦点を当て、その概念と意義について見てきた。

まずディスカバリー制度は、アメリカ民事訴訟を理解する上で主幹的な制度である。コモンロー国のなかでもアメリカの独自性の強い制度であるため、日本での訴訟活動には関係のないように思われがちである。しかし、本稿でも取り上げたムラタ事件をはじめとする数々の事件で、日本企業がディスカバリーに巻き込まれた裁判事例は意外と多い。このことから、もはやディスカバリーはアメリカ独自の制度というだけでは留まらず、日本の企業にとっても深い関わりをもつ制度だということができる。

またこの制度は、アメリカの裁判手続のうちでも徹底した当事者主義を前提にするものであり、証拠の偏在を防ぎ、当事者対等を裁判に実現する手続として位置づけられてきているものである。しかし、ややもするとそれが時間や手間や費用のかかる制度であるとして批判を受けてきた。確かに批判されるような側面がないわけではないが、このような問題点は、連邦民事訴訟規則の改正や判例による抑制によってより公正な手続となるよう配慮されてきている。批判点はあるとしてもディスカバリー制度は公正な民事訴訟を支える基本的制度であることに変わりはない。

しかし、ディスカバリー批判の中でも近時問題となってきたのは、ディスカバリーによって入手した情報を裁判以外の目的に利用したり、あるいは裁判の証拠として提出されたものであっても、その情報の持つ特殊な理由からその公への開示には一定の制約を加えるべきであるという考えである。見てきたように前者は、特別な特許情報やその開発の記録や、さらに営業機密の開示が問題となり、後者はマスメディアが個人の情報(特にプライバシー情報)を入手し、報道に使うというような場合問題となった。これらを規制するのが同規則 26(c)の「保護命令」であり、それを根拠づけるのが「正当事由」であった。

「保護命令」の申立てでは「正当事由」が示されねばならないが、この「正当事由」は、同規則 26(c)が「訴訟当事者あるいは人物を困惑させ、当惑させ、圧迫または不当な負担を負わせたり、不当な出費から保護するため」と規定するものの、どの範囲のものをどの程度証明すれば「保護命令」が認められる「正当事由」となるのかについては、確定的なガイドラインがあるわけではない。たとえば訴訟当事者が当事者間でディスカバリーの範囲について合意し、あらかじめ制約したディスカバリーを行う際には、単なる合意だけでそれを根拠づける「正当事由」になるのかどうかについては裁判所の判断も、学説も分かれていた。

また、保護命令によってディスカバリー情報の開示がどこまで制約されるか

についても、訴訟の具体的内容に応じてさまざまであることが明らかとなった。とくに、本章において判例を具体的に考察するなかで、アメリカにおけるディスカバリー制度では、保護命令の持つ多様な機能が明らかとなり、またそれに応じて求められる「正当事由」も変わることが示された。たとえば、モンサント事件は、ライセンスの特許侵害の立証を目的として相手方の資料等を保全するために保護命令が認められたものであり、保護命令は単なるディスカバリー情報の制約的役割だけでなく、日本の証拠保全と同じような役割も兼ね備えた制度であることがわかった。¹³¹

本章の分析では、特に特許訴訟において当事者の合意による保護命令が多いこと、また営業機密に関する事案では保護命令が申立てられる場合が多いことが解った。そのなかで、イン・カメラ手続が、保護命令との関係においてどれほど、またどのような有効性があるのか、気になるところであるが、これは今後の課題としたい。¹³²

ディスカバリー制度の意義は、訴訟当事者の証拠の偏在を防ぎ、より公平な立場で訴訟を進めるための制度であることを強調しておきたい。当該訴訟に係る情報について全て提出を迫られる反面、ディスカバリーをすることで本来得ることのできない相手方当事者の情報を入手できる。また不当な開示請求に対しては、非開示特権を駆使すれば不当な開示は拒否できる可能性がある。

¹ 連邦民事訴訟規則は2006年に改正され、26(c)も改正によって条文が変更した。その内容には大きな変更はないが、条文そのものが読みやすく整理された。本稿では第五章以下を除いては、改正前の規則を用いている。したがって、多少の齟齬がある可能性がある。以下に改正後の規則26(c)を示しておく。

改正後

(c) Protective Orders.

(1) In General. A party or any person from whom discovery is sought may move for a protective order in the court where the action is pending - or as an alternative on matters relating to a deposition, in the court for the district where the deposition will be taken. The motion must include a certification that the movant has in good faith conferred or attempted to confer with other affected parties in an effort to resolve the dispute without court action. The court may, for good cause, issue an order to

protect a party or person from annoyance, embarrassment, oppression, or undue burden or expense, including one or more of the following/

- (A) forbidding the disclosure or discovery;
- (B) specifying terms, including time and place, for the disclosure or discovery;
- (C) prescribing a discovery method other than the one selected by the party seeking discovery;
- (D) forbidding inquiry into certain matters, or limiting the scope of disclosure or discovery to certain matters;
- (E) designating the persons who may be present while the discovery is conducted;
- (F) requiring that a deposition be sealed and opened only on court order;
- (G) requiring that a trade secret or other confidential research, development, or commercial information not be revealed or be revealed only in a specified way; and
- (H) requiring that the parties simultaneously file specified documents or information in sealed envelopes, to be opened as the court directs.

(2) Ordering Discovery. If a motion for a protective order is wholly or partly denied, the court may, on just terms, order that any party or person provide or permit discovery.

(3) Awarding Expenses. Rule 37(a)(5) applies to the award of expenses.

「(c) 保護命令

(1) 原則。ディスカバリーが求められる当事者または誰でも、訴訟が提起されているか、一あるいは宣誓供述証言がなされた裁判地の裁判所で宣誓供述証言に関する問題に関する選択肢として一裁判所に保護命令を申立てることができる。申立てには、申立人が裁判所の活動なしで紛争を解決する努力において、他の影響を受ける当事者と誠意をもって協議したか、協議しようとしたという証明を含まなければならない。裁判所は、そのような申立てに正当事由がある場合には、以下の一つ、あるいはそれ以上を含む、訴訟当事者あるいは他の者を困惑、当惑、強迫または不当な負担または出費から保護するための命令をなすことができる。

- (A) 開示またはディスカバリーを禁ずること;
- (B) 開示またはディスカバリーのために、時間と場所を含む条件を指定すること;
- (C) ディスカバリーを求めている当事者によって選ばれた方法以外のディスカバリー方法を指示すること;
- (D) 特定の事項の問合せを禁ずるか、特定の事項に関する開示またはディスカバ

リーの範囲を制限すること；

(E) ディスカバリーが実施中に立ち会う者を指名すること；

(F) 宣誓供述録取書を封印し、その後は裁判所の命令によってのみ開示させること；

(G) 営業機密または他の機密性のある研究、開発もしくは商事情報は開示されな
いか、指定された方法によってのみ開示されること；そして、

(H) 当事者に特定の文書または情報を封印した封筒に入れて裁判所に提出させ、
裁判所の指示によってのみ開封されること；

(2) ディスカバリー命令。保護命令の申立てが、全てあるいはその一部が却下さ
れた場合であっても、裁判所は、正当とされる諸条件に基づいて、当事者または
他の者にディスカバリーをさせるか、もしくは許可することができる。

保護命令のための申立てが全く、または、部分的に拒まれるならば、法廷は、ち
ょうど関係で、どんな当事者または人でもディスカバリーを提供するか、許可す
ると命じるかもしれない。

(3) 費用の支払い。規則 37(a)(5)の規定は費用の支払いにつき適用する」。(訳は筆
者)

² See Susan J. Becker, *Discovery of Information and Documents from a Litigant's Former Employees: Synergy and Synthesis of Civil Rules, Ethical Standards, Privilege Doctrines, and Common Law Principles*, 81 NEB. L. REV. 868 (2003).

³ なお、規則 27 は審理前の証言録取を認めるかどうか、及び、その内容に関する裁量権を裁判所に与えている。規則 28 は証言録取が誰に対して始められるかを特定できるとしている。規則 30 は証言録取の日付を早めたり、あるいは延期することを裁判所に認めているし、規則 32 は証言録取を裁判所において裁判官の前で行なうことをも認めている。See Fed. R. Civ. P. 27 (Depositions to Perpetuate Testimony), 28 (Persons Before Whom Depositions May Be Taken), 29 (Stipulations Regarding Discovery Procedure), 30 (Deposition by Oral Examination) and 32 (Using Depositions in Court Proceedings).

⁴ 1970年に連邦民事訴訟規則の一部改正が行われ、文書に対するディスカバリーについてあらかじめ裁判所の承認を得るという必要条件は取り除かれた。See Amendments to the Federal Rules of Civil Procedure, 48 F.R.D. 487, 527 (1970). 1970年にとどまらず、アメリカでは、民事訴訟手続の改正に向けた動きは常にある。それらを要領よく紹介するものとして、Richard L. Marcus, *Retooling American Discovery for the Twenty-First Century: Toward a New World Order*, 7 TUL. T. INT'L & COMP. L. 153 (1999) がある。また Mark D.

Robins, *Computers and the Discovery of Evidence - A New Dimension to Civil Procedure*, 17 J. MARSHALL J. COMPUTER & INFO. L. 411 (1999) 参照。

⁵ JACK H. FRIEDENTHAL, MARY KAY KANE & ARTHUR R. MILLER, CIVIL PROCEDURE § 7.15 445 (Fourth Edition, West Co.,2005).

⁶ 1983、1993 及び 2000 年の同規則改正につき、参照、Thomas Y. Allman, *The "Two-Tiered" Approach to E-Discovery: Has Rule 26(B)(2)(B) Fulfilled Its promise?*, 14 RICH. J.L. & TECH. 7 (2008)。ディスカバリーにおける弁護士の実責任について、参照 Thomas Y. Allman, *Achieving an Appropriate Balance: The Use of Counsel Sanctions in Connection With the Resolution of E-Discovery Misconduct*, 15 RICH. J.L. & TECH. 9 (2009)。

⁷ See MILLER, *supra* note 5, at 443-44.

⁸ *Id.* at 445-46.

⁹ Howard M. Erichson, *Secrecy in Litigation Article: Court-Ordered Confidentiality in Discovery*, 81 CHI-KENT. L. REV. 357, 371 (2006)。

¹⁰ See *id.* at 372.

¹¹ Fed. R. Civ. P. 37(a)(1)。

¹² See *id.* at 371-72.

¹³ *Id.*

¹⁴ Patrick S. Kim, Note, *Third-Party Modification of Protective Orders Under Rule 26(c)*, 94 MICH. L. REV. 854, 854 (1995)。Henry S. Noyes, *Good Cause is Bad Medicine for the New E-Discovery Rules*, 21 HARV. T. LAW & TEC. 49, 75-76 (2007)。

¹⁵ Howard M. Erichson, *Court-Ordered Confidentiality in Discovery*, 81 CHI-KENT. L. REV. 357, 359(2006)。

¹⁶ See Kim, *supra* note 14, at 869.

¹⁷ "Agent Orange"(枯れ葉剤)に関する裁判判決においてディスカバリー資料への公的アクセス権が認められたことから、ディスカバリーで得られた資料について保護命令を求めている者は、非開示を求める場合、積極的な根拠を正当事由として示す責任が課されている。*In re "Agent Orange" Product Liability Litigation*, 821 F.2d 139 (2d Cir. N.Y. 1987)。

¹⁸ See Erichson, *supra* note 15, at 359.

¹⁹ See *id.* at 360-61.

²⁰ Walter W. Heiser, *Public Access to Confidential Discovery: The California Perspective*, 35 W. ST. U. L. REV. 55, 68 (2007)。

²¹ *Glenmede Trust Co. v. Thompson*, 56 F.3d 476, 483(3d Cir. 1995) (Pansy, 23 F.3d at 787-91) を引用。Jordana Cooper, *Beyond Judicial Discretion:*

Toward a Rights-Based Theory of Civil Discovery and Protective Orders, 36 RUTGERS L. J. 775, 781 (2005).

²² Seymour Moskowitz, *Discovering Discovery: Non-Party Access to Pretrial Information in the Federal Courts 1938-2006*, 78 U. COLO. L. REV. 817(2007).

²³ *Id.* at 885.

²⁴ *In re "Agent Orange" Product Liability Litigation*, 821 F.2d 139(2d Cir. 1987), *aff'd* 104 F.R.D. 559 (E.D.N.Y. 1985).

²⁵ *See In re "Agent Orange" Product Liability Litigation*, 818 F.2d 145, 148(2d Cir. 1987) 及び Katie Eccles, *The Agent Orange Case: A Hawed Interpretation of the Federal Rules of Civil Procedure Granting Pretrial Access to Discovery*, 42 STAN. L. REV. 1577 (1990).

²⁶ *See In re "Agent Orange,"* 104 F.R.D. at 563.

²⁷ *Id.* 他方、このような国家的秘密があるとされる情報ではなく、個人的な文書の場合は、ほとんど包括的な保護命令は認められない。そのような包括的な保護命令が与えられたならば、その後にディスカバリーの範囲を修正をすることは困難であるし、またそのための「正当事由」を示すことは困難だからである。

²⁸ *Id.* at 564. Agent Orange におけるディスカバリー情報の守秘性をめぐっては、*See Eccles, supra* note 25.

²⁹ *See In re "Agent Orange,"* 104 F.R.D. at 562, and *see also* Eccles, *supra* note 25, at 1583.

³⁰ *See In re "Agent Orange,"* 104 F.R.D. at 563, 821 F.2d at 145-47.

³¹ *Id.* at 146.

³² *See* Moskowitz, *supra* note 22, at 866.

³³ *Jepson, Inc. v. Makita Elec. Works*, 30 F.3d 854, 858 (7th Cir. 1994).

³⁴ 合意ある保護命令を出すかどうかを決定する際に裁判所は「正当事由」が存在するかどうかを独立して判断しなくてはならないとする。*See Jepson, Inc.*, 30 F.3d at 858. この点につき、*See also* Erichson, *supra* note 15, at 371-72. (この論文は、合意ある保護命令には守秘性に関する何らかの「正当事由」が示される必要があるとされているとする。)また、Laurie Kratky Dore, *Secrecy by Consent: The Use and Limits of Confidentiality in the Pursuit of Settlement*, 74 NOTRE DAME L. REV. 283, 339-359, 370. では、守秘性に関して「正当事由」が明確に示されない限り合意ある保護命令は認められないとする。

³⁵ 合意ある保護命令については「合意があるということは保護命令のための適正さの根拠を構成するものではないとする考え方」が一般的である。*See Tumbull v. Topeka State Hosp.*, 185 F.R.D. 645 (D. Kan. 1999) at 651; *see also*

G-I Holdings, Inc. v. Baron & Budd, 199 F.R.D. 529, 533 (S.D.N.Y. 2001).

³⁶ See Erichson, *supra* note 15, at 373-74.

³⁷ *Id.* at 374-75. エリクソン教授自身は、比較法的、歴史的観点から現代の合衆国のディスカバリーに視線を向けると、当事者に支配されたディスカバリーは、公への情報開示の方策としてではなく、紛争解決のために情報を発見する手段として正当化されているため、当事者自身が守秘性の保護に同意している場合には、この「正当事由」の証明は、「比較的軽めの正当事由」でよいとしている。

³⁸ Baystate Technologies, Inc. v. Harold L. Bowers, 2008 U.S. App. LEXIS 14686(2008).

³⁹ Baystate Techs., Inc. v. Bowers, No. 91-CV-40079(D.Mass. Sep. 14, 2000).

⁴⁰ See Baystate Technologies, Inc., 2008 U.S. App. LEXIS 14686.

⁴¹ Siedle v. Putnam Invs., Inc., 147 F.3d 7, 9-10 (1st Cir. 1998); Poliquin v. Garden Way, Inc., 989 F.2d 527, 533 (1st Cir. 1993).

⁴² See Baystate Technologies, Inc., 2008 U.S. App. LEXIS 14686.

⁴³ この場合、この個人が、私人であるか、または公的な人物であるかによって保護の度合いに差異が出てくることが考えられるが、問題は、個人のプライバシーの問題とはまったく同様とは言えないものの共通の保護利益を持つ法人の営業機密 (trade secret) の取り扱いの問題である。たとえば、会社は、訴訟においてその会社の営業上の機密や従業員、顧客または他人のプライバシー利益を含む情報を簡単に相手方に譲渡したり、公的アクセスを許してよいのかということである。それが認められると、企業とかかわりを持つ個人のプライバシー情報は、インターネットやほかの方法で簡単に拡散してしまう危険性がある。

⁴⁴ 憲法修正第 1 条との関連でディスカバリー情報の開示について、歴史的な考察をしたものとして、参照 See Moskowitz, *supra* note 22; 保護命令が求められたディスカバリー情報の公への開示については、参照 James C. Bradbury, *Protective Discovery Orders and the First Amendment: The Limits of Seattle Times and the Business Week Decision*, 2 SUFFOLK J. TRIAL & APP. ADV. 63 (1997); Dana Cooper, *Beyond Judicial Discretion: Toward a Rights-Based Theory of Civil Discovery and Protective Orders*, 36 RUTGERS L. J. 775 (2005); Giles T. Cohen, *Protective Orders, Property Interests and Prior Restraints: Can the Courts Prevent Media Nonparties from Publishing Court-Protected Discovery Materials*, 144 U. PA. L. REV. 2463 (1996).

⁴⁵ Richard L. Marcus, *A Modest Proposal: Recognizing (At Last) that me Federal Rules Do not Declare that Discovery is Presumptively Public*, 81 CHI-KENT L. REV. 331 (2006).

⁴⁶ Kurt Putnam, *Your Trade Secret is Safe with Us: How the Revision to Federal Rules of Civil Procedure Makes Discovery Presumptively Confidential*, 24 HASTINGS COMM. & ENT. L. J. 427, 445-57 (2002).

⁴⁷ *Id.* at 411-42.

⁴⁸ *Seattle Times Co. v. Rhinehart*, 467 U.S. 20 (1984). 本判例紹介の初出は、竹部晴美「ディスカバリー手続きにおける提出物のアメリカ民事訴訟規則 26(c)を根拠とする使用制限について—*Seattle Times Co. v. Rhinehart*, 467 U.S. 20 (1984)の分析—」法と政治第 57 巻第 2 号 89 頁 (2006 年)。この判例が重要な先例的意味を持つことを示すものとして、参照、Patrick S. Kim, Note, *Third-Party Modification of Protective Orders Under Rule 26(c)*, 94 MICH. L REV. 854, 854 (1995); Henry S. Noyes, *Good Cause is Bad Medicine for the New E-Discovery Rules*, 21 HARV. J. LAW & TEC. 49, 75-76 (2007).

⁴⁹ アメリカ合衆国には連邦裁判所制度と各州の独自の裁判所制度が併存する。そこでその訴訟手続については、連邦裁判制度における規定に反しない範囲内で、各地方裁判所は、民事訴訟手続に関して「地方ルール」(local rule)を定めることができ、各地区の訴訟手続実務において柔軟な運営がなされている。ただし、本件事例の場合、連邦民事訴訟規則 26(c)とワシントン州民事訴訟規則 26(c)の規定は文言上同一である。

⁵⁰ *See Seattle Times Co.*, 467 U.S. at 28.

⁵¹ *Id.* at 31.

⁵² *Id.* at 37.

⁵³ *Id.*

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ *Id.* at 34.

⁵⁶ *Id.* at 35.

⁵⁷ *Id.* at 37.

⁵⁸ FLEMMING JAMES, JR., GEOFFREY C. HAZARD, JR. & JOHN LEUBSDORF, CIVIL PROCEDURE § 5 256-57 (4th ed. 1992).

⁵⁹ *San Jose Mercury News, Inc. v. U.S. District Court*, 187 F.3d 1096, 1098 (9th Cir. 1999), *see* Moskowitz, *supra* note 22, at 868-89; *See* Marcus, *supra* note 4, at 352-53.

⁶⁰ *See San Jose Mercury News, Inc.*, 187 F.3d at 1101-02.

⁶¹ *Id.* at 1099.

⁶² *Id.* at 1103.

⁶³ *Id.*

⁶⁴ *Id.* at 1102.

⁶⁵ *Id.* また正式事実審理開始前のディスカバリー情報の利用については、著名なタバコ訴訟事件である *Cipollone v. Liggett Group, Inc.*, 822 F.2d 335(3d Cir.), *cert. denied*, 484 U.S. 976 (1987)参照。ディスカバリー情報が正式事実審理で提出されたあとの利用については、*In re "Agent Orange" Product Liability Litigation*, 821 F.2d 139 (2d Cir. 1987) 及び David L. Edwards, *The First Amendment and Confidentiality Orders since Seattle Times v. Rhinehart*, 13 AM. T. TRIAL ADVOC. 618 (1989) 参照。

⁶⁶ *See Trade Secrets in Discovery: From First Amendment Disclosure to Fifth Amendment Protection*, 104 HARV. L. REV. 1330 at 1333-34 (1991).

⁶⁷ *Id.*

⁶⁸ *Id.* at 1336.

⁶⁹ *Seattle Times*, 467 U.S. at 35.

⁷⁰ いくつかの裁判所は、規則 26(c)の「正当事由」要件を公的アクセス権を支持するものとして解釈している。しかしそれは当事者以外の第三者には言及していない。*See Public Citizen v. Liggett Group, Inc.*, 858 F.2d 775, 788-90 (1st Cir. 1988), *cert. denied*, 488 U.S. 1039 (1989). 第二連邦控訴裁判所は、規則五(d)の要件から公的アクセス権を解釈している。すなわち当事者に「役立たせるために要求される文書」すべては、裁判所の命令に基づき裁判所に提出される。*See In re Agent Orange Prod. Liab. Litig.*, 821 F.2d 139, 147(2d Cir.), *cert. denied*, 484 U.S. 953 (1987). この方法は、シアトルタイムズ事件での「裁判記録が公的情報源として機能でき、その情報源へのアクセスは通例事実審裁判所の支配を受けることがある」という範囲についての主張と、「正式にはディスカバリー文書は規則五(d)の条項の範囲内にはない」という第二巡回区連邦控訴裁判所の承認と対立する。*See In re Agent Orange*, 821 F.2d at 147.

⁷¹ *See supra* note 66, at 1336.

⁷² *Pansy v. Borough of Stroudsburg*, 23 F.3d 772; 1994 U.S. App. LEXIS 9389, at 776 (1994).

⁷³ *Id.* at 786.

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ *Publicker Indus., Inc. v. Cohen*, 733 F.2d 1059, 1071(3d Cir. 1984).

⁷⁶ *See Pansy*, 23 F.3d at 786.

⁷⁷ *Id.* 23 F.3d at 787-78.

⁷⁸ *United States v. Smith*, 776 F.2d 1104 (3d Cir. 1985).

⁷⁹ *Id.* 776 F.2d at 1114.

⁸⁰ See Pansy, 23 F.3d at 788.

⁸¹ CHRISTOPHER J. CARRAWAY, DISCOVERY ISSUES IN PATENT CASES, PATENT LITIGATION, September 2007 (No. 11589) at 353.

⁸² しかし、裁判所も学者もこれらの修正があった後でも、ディスカバリーの範囲は広範なままであると考えていた。See, e.g. Sanyo Laser Products, Inc. v. Arista Records, 214 F.R.D. 496 (S.D. Ind. 2003) and WRIGHT, MILLER & MARCUS, FEDERAL PRACTICE & PROCEDURE § 2008. See also Goodyear Tire & Rubber Co. v. Kirk's Tire & AutoServiceCenter of Haverstraw, Inc., 211 F.R.D. 658 (D. Kan. 2003) (当事者間にそれぞれの主張と抗弁に関連性のある可能性が存在するならば、ディスカバリーは实际的に熟慮されるべきである。)

⁸³ Advanced Display Systems, Inc. v. Kent State University, 212 F.3d 1272, 1286-1288 (Fed. Cir. 2000).

⁸⁴ クレームの主張がなされた後、新たに問題となる事実を追加できる根拠は、特許に関するローカル・ルールの下では、「正当事由」の提示である。See Franklin Dubell, *Are You Trying to Design Around My Client's Patent?*, INTELLECTUAL PROPERTY TODAY, Sep. 16, 2006.たとえば、カリフォルニアの北部地方裁判所の特許に関する地方ルールでは、正当事由について以下の三つの選択肢があることを提案している。(a)裁判所によるクレーム解釈が、修正を提案している当事者によって求めているそれとは異なる主張の場合、(b)早期の真摯な調査にもかかわらず発見できなかったものに対する、新たなディスカバリーの場合、または(c)侵害の主張をする以前の熱心な調査にもかかわらず、ディスカバリーがされていない問題となっている具体物に関しての公開されていない情報についての新たなディスカバリーの場合、である。See Matthew L. Ahart, *Litigating Patents: What Every Patent Litigator Needs to Know about Infringement and Invalidity Contentions*, INTELLECTUAL PROPERTY TODAY, June.29,2008.

⁸⁵ See Sanyo Laser Products, Inc., 214 F.R.D. at 499.

⁸⁶ Murata Manufacturing Co. v. Bel Fuse Inc., 234 F.R.D. 175 (N.D.Ill., 2006).これについては、竹部晴美「特許侵害訴訟で特許侵害者の顧客に対するディスカバリーを『保護命令』(protective order)によって阻まれた事例」Lexis 判例速報 No. 18 25-29 頁(2007 年)参照。

⁸⁷ *Id.* 234 F.R.D at 177.

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ *Id.*

⁹⁰ Bayer AG and Miles, Inc. v. Barr Laboratories, Inc., 162 F.R.D. 456 (S.D.N.Y., 1995).

⁹¹ *Id.* at 460.

⁹² *Cipollone v. Liggett Group Inc.*, 785 F.2d 1108 (3d Cir. 1986) のような、訴訟における大規模なディスカバリーに関係している場合には包括的保護命令 (umbrella protective order) に利点があるので、裁判所は、申立人による 正当事由の端緒的な証明に基づいて広めの包括的保護命令を構成することができる。反対当事者は、書類引渡しの後にはどの文書が秘密でないと信じたかを示す機会を持つ。機密保持を維持したいと考えている当事者はそれらの文書についての正当事由の立証責任を持つ。

⁹³ *See Murata Manufacturing Co.*, 234 F.R.D. at 180.

⁹⁴ *Id.* at 181-82.

⁹⁵ *Id.* at 184.

⁹⁶ *Id.* at 185.

⁹⁷ Fed. R. Civ. P 26(d)(1).

⁹⁸ *Monsanto Co. v. Roger Woods*, 250 F.R.D. 411, 413 (2008).

⁹⁹ *Id.* at 413.

¹⁰⁰ *Pod-Ners, L.L.C. v. Northern Feed & Bean of Lucerne Ltd.*, 204 F.R.D. 675 (D. Colo. 2002).

¹⁰¹ *Id.* at 676.

¹⁰² *Id.*

¹⁰³ *The Antioch Co. v. Scrapbook Borders, Inc.*, 210 F.R.D. 645 (D. Minn. 2002).

¹⁰⁴ *Ceere v. County of Nassau*, 258 F.Supp.2d 184, 186 (E.D.N.Y. 2003). *See also Notaro v. Koch*, 95 F.R.D. 403, 405 (S.D.N.Y. 1982).

¹⁰⁵ *See Monsanto Co.*, 250 F.R.D. at 414.

¹⁰⁶ *Id.*

¹⁰⁷ Uniform Trade Secrets Act, 14 U.L.A. 433 (1990). 2010 年現在で、マサチューセッツ州、ニューヨーク州、ニュージャージー州、ノースカロライナ州およびテキサス州を除く全州が批准している。

¹⁰⁸ Section 1(4) of the UTSA.

¹⁰⁹ *See Restatement(First) of Torts* §757 cmt. b. (1939).

¹¹⁰ その用語や表現方法は、明らかに「ノウハウ」(know-how)を含むとしている。Danielle M. Conway-Jones, *Technology Transfer Agreement: Licensing of Trade Secrets and Works in Development*, INTELLECTUAL PROPATY LICENSING TODAY, Oct. 5-6, 2006, at. 103, 106-7.

¹¹¹ *Bradbury Co. v. Andre Teissier-de Cros*, 2006 WL 302644 (D. Kan. Feb. 7,

2006).

¹¹² See *Baystate Techs., Inc. v. Bentley Sys., Inc.*, 946 F. Supp. 1079 (D. Mass. 1996).

¹¹³ *Coca-Cola Bottling Co. v. Coca-Cola Co.*, 107 F.R.D. 288, at 289 (D. Del. 1985).

¹¹⁴ *Id.* at 289.

¹¹⁵ *Id.*

¹¹⁶ *Id.* at 291.

¹¹⁷ *Id.* at 292.

¹¹⁸ *Id.*

¹¹⁹ *Id.* at 292-93.

¹²⁰ *Id.*

¹²¹ *Id.* at 293.

¹²² *Id.*

¹²³ *Id.* *Grasselli Chemical Corp. v. National Aniline & Chemical Co.*, 282 Fed. 379, 381 (S.D.N.Y. 1920).

¹²⁴ See *Coca-Cola Bottling Co.* 107 F.R.D. at 298.

¹²⁵ *Id.*

¹²⁶ *Id.*

¹²⁷ *R. J. Reynolds Tobacco v. Philip Morris, Inc.*, 29 Fed. Appx. 880, 882-83(2002).

¹²⁸ 28 U.S.C. § 1291; *In re Mark Madden*, 151 F.3d 125, 127 (3d Cir. 1998).

¹²⁹ *Id.* at 882.

¹³⁰ *Id.* at 883.

¹³¹ この事件での保護命令の用いられ方は、日本の証拠保全手続（民事訴訟法 235 条以下）と類似した側面があるように思われる。当事者主義を前提とした上で、職権進行主義的な手続を採用している日本での証拠保全は、本案訴訟係属前又は係属後、ある事実についての証拠を予め保全して事実認定に役立たせるための一種の証拠収集の方法である。これは原則として申立てによって行なわれる。一方アメリカの民事訴訟においてはディスカバリーによる当事者主義を徹底して採用しているので、日本のように個別の申立てによる証拠保全の手続は存在しない。関連あるものとして、連邦民事訴訟規則 27 では、訴え提起または訴訟の提起前の証言録取について規定しており、これは証言の保全を行う手続のひとつと考えられる。この点からすると、当事者主義を徹底しているアメリカで、本件のように証拠自体の確保のため、裁判所の介入を認めたことは興味深い。

¹³² 日本の文書提出義務をめぐる最高裁判例も増加している。このことから、日本の文書提出をめぐるイン・カメラ手続制度の利用の可能性とアメリカのそれとの比較検討をおこなうことも今後の課題にしたい。参照、伊藤眞「文書提出義務をめぐる判例法理の形成と展開」判例タイムズ 1277 巻 13・39 頁(2008 年)。

第4章 Mass Torts (大規模不法行為)訴訟におけるディスカバリー手続について

1 はじめに

本章は、Mass Torts(大規模不法行為訴訟、以下、Mass Torts とする。)の特徴と内容について分析し、併せてそのような訴訟におけるディスカバリー手続のあり方と問題点について検討する。

アメリカでは、民事訴訟においてディスカバリー手続が利用され、訴えの提起がおこなわれたあと、相互の証拠開示が行われる。これは基本的には裁判所の介入や指揮なしに事件に関係する情報を相互に開示しあうものであり、具体的な文書の開示から事件関係者に対する宣誓供述書の作成へと段階が踏まれていく。

例えば不法行為訴訟においては、被告の過失行為、または故意のある行為によって被害を受けた原告は、裁判所に訴えの提起を行なったあと、被告に対する事件関連の情報入手を目的としてディスカバリーを実施する。このような証拠開示手続は、原告と被告が一对一の関係であれば、さしたる問題もなく押し進められるが、事件が特許訴訟であったり企業機密を含むものであれば、特定文書の開示の可否をめぐって裁判所の判断を仰ぐこともあるし、また当事者間で自発的に開示しないことに合意することもある。

しかし、一つの事件において原告が各州に点在し、しかも原告が何百人、何千人と存在しており、被告が複数の会社や国を含むような場合の不法行為においては、ディスカバリーは、原告と被告が一对一の関係で行なわれるほど単純ではない。このような大規模な訴訟では、どのような形で事件に応じたディスカバリーの工夫がなされているのであろうか。何らかの工夫がなされているとすれば、一对一の訴訟におけるディスカバリーとはどのように異なるのであろうか。ディスカバリーが公正な裁判を実施するための訴訟準備を目的としているとすれば、大規模訴訟であってもあくまでも一对一の当事者の場合と同じであるべきだろうか。

以下、詳しく検討するように、Mass Torts は、例えば薬害訴訟、アスベスト訴訟またはタバコ訴訟のように広域に亘って多人数に損害を与える損害賠償事件を法的に取り扱うために概念化されている。¹アメリカではすでに一九七〇年代の初めから、多数の被害者を原告とする訴訟が提起されており、それ

らは、エージェント・オレンジ、ダルコンシールド、アスベスト、および Vioxx など広範囲にわたる様々の問題を生み出し、科学上、実体法上、行政上、および倫理上の取扱いのありかたが議論されてきた。²これらの訴訟は、後に述べるように一人の原告に一人の被告という典型的な不法行為訴訟の問題状況とは大きく異っている。したがって多くの人々に影響を与えるこのような大規模訴訟事案は、典型的な不法行為類型への依拠を困難にさせている。つまり、Mass Torts では、被害者の範囲の確定、多岐に渡る法的論点、複雑でまた立証が容易でない因果関係などの問題を避けて通ることが出来ず、さらに被害者の救済のあり方や実効性ある差止めの実施など、典型的な不法行為訴訟とは異なった法的アプローチを考えなくてはならないという点に特徴がある。³

言うまでもなく Mass Torts 訴訟においても、当事者の資力や能力に著しい差異がある場合でも、証拠の開示が全面的に行われるとするならば、訴訟に対する不公平感(unfairness)を生ずることなく、多少なりとも民事訴訟における公平性(fairness)を貫徹できると思われる。筆者はそのような点に問題関心を持ち、Mass Torts における適正なディスカバリーのあり方についての解明を、とくにアメリカの訴訟制度の観点から検討したい。

アメリカのディスカバリー手続きにおいては、その濫用を抑制するために保護命令を求されることが認められ、その申立てに対して裁判所が、当該訴訟に関係する証拠を提出する利益と、証拠としてプライバシーに関する事柄や企業機密を開示される当事者や第三者の不利益とを比較衡量し、判断することとなっている。しかし一方で、保護命令をめぐっては、どうしても企業機密や営業機密の名のもとに一定の企業内情報の開示拒否の問題がおこる。したがって Mass Torts 訴訟においても特定の情報や証拠物件の開示を拒否するために保護命令が用いられることについてはしばしば問題とされる。とりわけ、薬害や公害事件、消費者問題に関する訴訟において、広範な一般人の被害者に対して、他方当事者が複数の大企業である場合、あるいはそれに加えて、政府などの公的機関を含む場合、そのような一方当事者が他方当事者の資力、人的資源、情報力、情報処理能力において他方をはるかに上回っており、さらに訴訟技術上の専門性にも長けている場合に、訴訟における証拠の偏在は通常の訴訟に比べて一層起こりやすいと推測される。⁴

しかし、アメリカの民事訴訟手続にはディスカバリー制度があるため、証拠開示は秘匿特権、ワーク・プロダクト、そして保護命令に基づく非開示が認められない限り、全面的開示が原則であり、訴訟当事者間の証拠の偏在が制度上は相当程度回避されるとされている。これは日本の民事訴訟手続とは大きく異なる点である。

日本は大陸法系であり、判例法主義のアメリカとは根本的な法体系の違いは

あるが、ディスカバリー制度がないため、日本では当事者の資力や能力の差異によって証拠の偏在の問題が起り、訴訟に対する不公平感(unfairness)が生じることも考えられる。その点で、民事訴訟の本来の目的である公平性(fairness)を担保するためにもアメリカの訴訟制度に見習うべき点、参考にするべき点があるように思える。日本ではアメリカの Mass Torts 訴訟の概念や実態を紹介する論考は散見されるが⁵、筆者の知る限り、Mass Torts と証拠開示の問題に関する研究は数少ないと思われる。アメリカにおける Mass Torts 訴訟における証拠開示の問題を検討することで、日本の民事訴訟制度のあり方にも一定の示唆を与えることができるのではないかと考えている。

本章ではこのような問題意識を前提として、まず、アメリカでの Mass Torts の概念および Mass Torts 訴訟の構成要素の分析と訴訟のもつ特徴を分析し、歴史的にその典型例とされるエージェント・オレンジ事件と近時の事案である薬害に関する Vioxx 事件について、それが Mass Torts であるとされる所以についてその実態を紹介し、さらにそのような Mass Torts におけるディスカバリーのあり方について、何が問題となっているかを探り、あわせて Mass Torts 訴訟において証拠の偏在が起っていないのかどうか、またそれがディスカバリーの影響であるのかどうかについて、具体的にエージェント・オレンジ事件と Vioxx 事件について検討し、Mass Torts 訴訟におけるディスカバリーにはどのような問題点があるか、またその問題点の克服はどのように行われるべきかについて、一応のまとめと整理をしたい。

2 アメリカにおける Mass Torts

(1) Mass Torts の概念と訴訟構造

ア Mass Torts 訴訟の構成要素

Mass Torts におけるディスカバリーを考える場合、一体 Mass Torts とは何であるのかの概念枠組を明らかにしておく必要がある。一般的にアメリカの不法行為類型のなかでも、それが、大多数の被害者を含み、被害者が広域に存在し、請求額が途方もなく高額である場合、Mass Torts としている。この Mass Torts は直訳すれば大量不法行為であるが、毒性物質による被告を含むときには、Mass Toxic Torts⁶、つまり大型毒物不法行為と表されている。⁷したがって、不法行為の規模だけに着目すると巨大不法行為とすべきであろうが、筆者

は、英文の言葉をそのまま使用し、Mass Torts とする。

このような Mass Torts が訴訟として提起されたときに、従来の不法行為訴訟とはどのような点で異なるのか、その特徴や質的違いを構成要素に注目して示したのが、以下の図 1 である。Linda S. Mullenix によって示された図に基づいて以下その機能を見てみよう。⁸

図 1 における訴訟の端緒としての「訴訟の特徴」は、訴訟は何に関するものか？誰が関与しているか？関係者の目的と戦略は何か？そして当事者間の関係は何か？といった訴訟の主体や内容およびその枠組みが指標となる。つづいて「訴訟の取組み」として、訴訟についての公式なシステムはどのようなものか？のような集合的手続が用いられているか？それらの集合的な特徴は何か？という紛争解決の手続方法そのものが問題となる。図 1 の「訴訟経過」では、どのような手続上の行動が実際に取られてきたか？それらの行動はどのように行われてきたか？（例えば当事者間の接触や交渉など、他にどのような非公式な行動を取ってきたか？）がポイントとなる。「訴訟経過」の中で結果に影響を与える重要な要素となる裁判の「形式要件」であり、それを欠く場合は、それぞれの「落とし所」を探るための「交渉」が意味をもつことになる。そして図 1 中の「結果」では、訴訟は解決したか？解決は包括的なものか、部分的なものか、解決の対象にすべての問題とすべての当事者を含んでいたか？原告の間に賠償金はどのように配分されたか？被告の相対的な関与はどうであったか？当事者は結果に対してどれくらい満足したか？訴訟費用はどのくらいかかったか？取引費用は何か？訴訟にどのくらい時間がかかったか？などの紛争解決要素の評価が問題となる。

これらの Mass Torts の構成要素は、Mass Torts 訴訟の過程と結果に直接的な効果を与えるし、そのような効果を持つための集合的手続と相互に作用するという特徴を示す。⁹

図1 Mass Torts 訴訟の構成要素

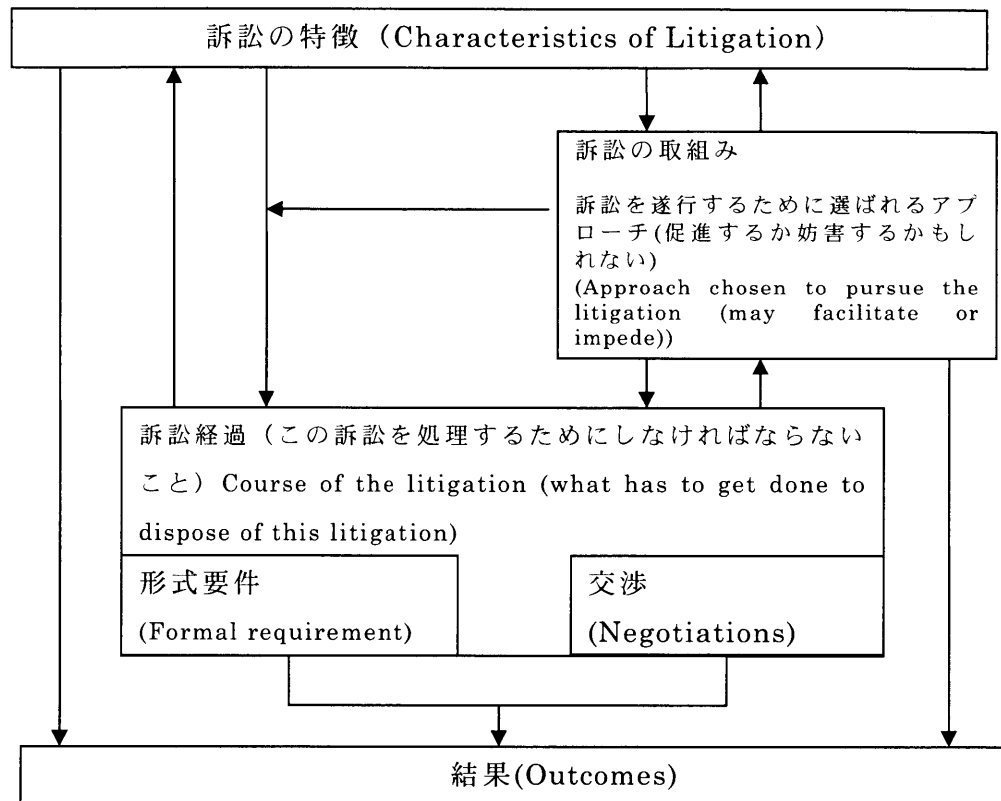


図1における矢印は、Mass Torts 訴訟への重要な要素の流れを表示するだけでなく、Mass Torts 訴訟の要素間の関係を示す。¹⁰ 例えば、訴訟過程における当事者の繰り出す手続上の非公式および公式の活動による影響とその効果などである。法的責任の追求の性質と強さ、または当事者の相対的な（人的、財源的な）資源のように、訴訟活動は、順に、その訴訟の構成要素によって影響を受ける。つまり、訴訟過程もまた訴訟処理に関する方法や選ばれる手続によって影響を受ける。しかし、この図に示されていた構成要素間のいくつかは明白な相互的関係を有する一方で、他の要素間の関係はさほど明白でなく、より複雑になる。¹¹ 例えば、Mass Torts 訴訟に対処する方法の選択や集合的訴訟手続のタイプは、問題の複雑さと当事者の数によって決定され、方向付けられるが、それに適用される集合的訴訟手続のタイプは、訴訟の進行のなかで

どのように変容し、影響を受けるかは一律でないし、曖昧である。そこで、構成要素相互間の関係をより分析的に検討するためにもっと詳細な具体的事実要素を組み込んで Mass Torts 訴訟を、「争点」、「訴訟関係者」および「訴訟の構成体」に分類し、それぞれの特徴の関係性を分析するために考えられたのが図 2 の分類である。¹²

図 2 Mass Torts 訴訟の特徴の関係性

図 2 は 105 頁。

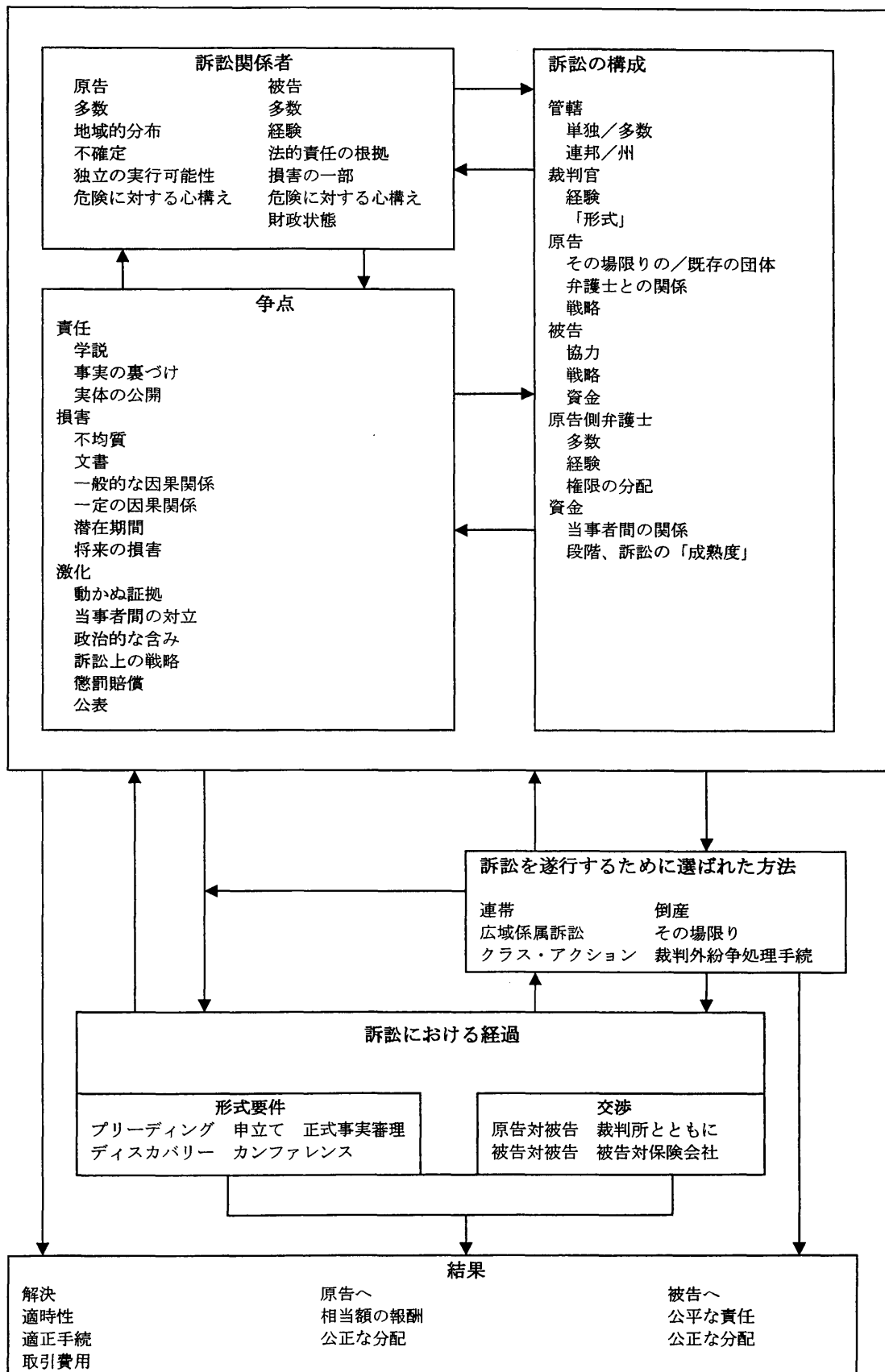


図 2 は、図 1 の Mass Torts 訴訟の構成要素をより詳しい要素にして分析しただけでなく、Mass Torts 訴訟における集団的手続の効果に影響する要因を浮び上がらせる。まず、訴訟関係者間の対応の違いは、集団的手続の有効性を減少させるかもしれない。¹³特に訴訟関係者の損害についての対応の問題が、原告の中で異なる場合、配分の問題がおこる。この配分は、集団的手続のあり方だけでなく、原告の弁護士間での協調性と権限の問題に影響する。つまり、請求の強さと対照的に立場の弱い原告が多い場合は、損害の配分のあり方は、集団的手続の成否に著しく影響することもある。

上記の図 2 は、大規模訴訟の特徴の中で複雑な関係を説明し¹⁴、争点と訴訟当事者の特性を形成するだけではなく、それが訴訟の構成体の戦略によっても影響を受けることを示す。たとえば、被告が和解に応じる余地が全くないことを明示または黙示で示すことで原告当事者に動揺を与えることができるし、実際に、感情的な揺さぶりは、請求の提起時に(またはそれ以前でさえ)生じる。しかしながら、訴訟提起後も訴訟がどのように組織されるか、その進行方法によっても影響がある。法的、事実に争点と訴訟関係者の対応は、訴訟の性質そのものを変える方法に関して結びつく可能性がある。¹⁵例えば、有毒性に関する大規模訴訟において、有毒物質に晒されることによる損害の因果関係、またはその潜在性に関する問題が不可避免的に存在するということは、「不確定的な原告」(indeterminate plaintiff)の問題を引き起こすかもしれない。¹⁶この原告の不確定性は、裁判手続を包括的で最終的な解決に向けた集合的手続の方に構築することをより困難にしかねない。

図 2 の中で水平の矢印によって示された相互作用関係は、訴訟関係者、訴訟の構成体および争点などの特徴の間の複雑な関係を示している。そのためそれぞれの集団的手続の中心的特徴を理解する必要がある。つまりそれらの特徴がどのように彼ら自身の権利を訴訟で形成するのか、それらがどのように集団的手続についての選択に影響を及ぼすのか、そして集団的手続が順にどのような特徴を再形成するのかである。

Mass Torts 訴訟では、その請求数が増加するに従って、迅速な補償を求める原告側の必要性があるにも関わらず、原告に立証の困難さが伴い、高額な費用を伴うため、原告を満足させることがより困難となる。さらに加えて、Mass Torts では複雑な争点があるため、事件の処理と解決において長時間の遅延をもたらすことになる。たとえば有毒性のある不法行為を含む訴訟では、技術的そして法的な面の両方で、有毒物質と疾病の因果関係と文書による証拠固めについての争点を中心に特に難しい問題を提示する。被害を起こした製品を特定する必要性と共に、有毒物質への接触とそれによって発生する損害との間の長期に渡る潜伏期間は、さらに法的、技術的問題を複雑にする。¹⁷

さらに、大規模訴訟は私たちの司法制度の公正さについても特別な脅威を示す。つまり、紛争解決のための特別な対応に必要とされる人員、時間、費用などの公共費用の支出と事件の処理方法そのもの、特にその集中審理の実施などにおいて裁判所に大きな負担を課す。Mass Torts 訴訟の持つ特殊性によって相当多くの請求に直面した被告は、責任がありそうにないときでさえ、裁判所によって不本意な和解を強要させられるかもしれないし、またその一方で、裁判所は逆に原告に対して不本意な和解を受諾するように迫るかもしれない。そして原告、被告双方から、裁判所による和解の結論は、彼らの基本的な法的主張をほとんど反映できていないものであるとの非難をうける可能性もある。

18

イ クラス・アクションとの関係

Mass Torts 訴訟を扱うために取られるアプローチでは、集団的訴訟手続が多くの訴訟に影響している。というのも、集団的訴訟手続は、当事者間の力関係を衡平にするために使われ、また集合的な結果を得るために利用されるからである。すなわち請求のより迅速な解決、また全ての請求の包括的な解決を目指すことができるからである。たとえば、クラス・アクション（class action、集団代表訴訟ともいう）は、同一原因に基づく被害者が多人数存在するような場合、ばらばらな多人数が原告となってそれぞれ別な訴訟を提起する代わりに、被害者の集団（クラス）に属する代表者が原告として訴訟提起し、その効果を集団に属する者に及ぼそうという民事訴訟の方法である。クラス代表者に対する判決（和解の場合は和解内容）は、既判力（res judicata）としてクラス、つまり集団に属する原告の資格ある者全員に及ぶ。資力のない被害者が個別に訴えを提起することは経済的な採算を考えても困難さを伴う。そうであれば多数の被害者の損害賠償を一括請求するクラス・アクションのような方法は、法的コストの面からは有効な方法である。したがってクラス・アクションは、訴訟経済に資するという点と、訴訟する資力のない原告にも裁判の恩恵を享受させることが出来る、という利点があるとされている。¹⁹クラス・アクション手続については、連邦民事訴訟規則 23 条²⁰が規定しており、1966 年の改正で、特に団体性のないグループのために、共通の法律問題または事実問題があれば、クラス代表者が名乗り出て訴訟を提起できるようになった。²¹

つまりクラス・アクションは請求を一括して解決するのに利用しやすい訴訟方法のひとつである。クラス・アクションのような集団的手続が大規模訴訟の過程と結果を決定するために効果のあることは十分考えられる。²²それだけ

ではなく、集団的手続が訴訟の他の重要な特徴を変えることができる。例えば、原告団が争点を再評価し、追加し、当事者を追加または減少させ、管轄や裁判官の変更を求め、あるいは訴訟当事者と彼らの弁護士の組織を変更することなどである。

ウ Mass Torts と紛争解決の変化

Mass Torts は現代社会における大量生産メカニズム構造の本質的な副産物だと言うこともできる。大量生産品は、私たちの社会に潤いと活力を与えるのに不可欠である一方で、人々の健康や幸福を脅かす構造的な危険性を有している。²³その意味で、Mass Torts の範囲を不法行為法の何らかの既存の概念の下で起こる事件に限定する必要はなく、それは契約、取引、雇用差別、独占禁止、証券そして消費者詐欺を含むこともある。そこで筆者は、分析の包括的な範囲を表明するために、Mass Torts に「大量生産物による不法行為」という用語も含めることとする。そのため、商品の大量生産および大規模販売から生じる大規模の被害の存在、たとえば薬害などの大規模製造物責任も大量生産物不法行為の事例として、この Mass Torts に含む。もちろん Mass Torts 事件が製造物責任を含む場合には、古典的な製造物責任法理の検討、たとえば、当該商品が、合理的、商事的そして社会的に適切なデザインであったかどうかとか、より安全で社会的に適切な設計代案がなかったかどうか、さらに効果ある警告によって予見可能な危険を減少させたかもしれないかどうかを検討される。

しかし、Mass Torts として概念化された製造物責任訴訟では、不法行為そのものは大きな転換を迫られている。というのも、それは、第一に、不法行為が個人的なものからより集団的なものへと移ることが考えられる。第二に、過失や特定の因果関係の評価は、ますます現実的な補償、再発防止のための抑止効果、そして管理上の効率の考慮の方に移行するだけでなく、当事者の行動を評価する基準が、道徳的、法的カテゴリーからより機能的なものまで変化する。第三に、裁判所の役割として仲裁的というよりむしろ管理的な役割が期待され、またそれが正当化されるようになっている。このような訴訟における裁判官は、特殊な紛争を迅速かつ公正に解決するという社会的目的を達成するという観点から、大型訴訟を管理することが強く期待されている。裁判官は、健全な公共政策を進める法的基準を発展させ、弁護士が適切に彼らの依頼人の代理をすることを保証し、そして和解の社会的、政治的含意を考慮することが求められている。²⁴

このように Mass Torts による製造物責任訴訟の分野では、不法行為法に対

する概念的なアプローチの本質的なあり方を問う一方で、損害についての効果的な救済を考えることが求められている。それに対応して、裁判所は法的手続と救済方針を考えて、実利的な選択を迫られることになる。複雑な訴訟案件の増加は、裁判所システムが個々に対応し、提供する公平なアクセスをますます難しくさせる。個々の多くの請求に対応するのではなく、裁判所はクラス・アクションのような手段によって、事件の大量処理をすることを求められてきている。しかし、もしこのような大規模訴訟において、裁判所または弁護士が訴訟当事者との個々の接触をより頻繁に求められるとするならば、膨大な費用と時間というコストの問題が生じることになり、その結果、一対一の不法行為の訴訟当事者に対する個別的な接触、そして請求や抗弁への理解を増やす努力といったものは相対的に低下することになる。²⁵

しかしながら、他方で、Mass Tortsのように多くの原告が、傷つけば傷つくほど法制度による個々人への対応はより必要とされることになる。²⁶つまり、個々の訴訟当事者に対する裁判所自体の責務が生じる。裁判官は、訴訟当事者の感情やその他の必要性に基づいて、裁判官自らが訴訟当事者に対して一対一で対応することがむしろ求められる。²⁷例えば、エージェント・オレンジ事件では、個々の被害者に対する聴聞が全国で行なわれた。裁判官は電話、面談そして書面によるコミュニケーションを行い、事案のもつ深い感情的な論拠に心を打たれたといわれている。²⁸このことは、法を述べ、事実を決定し、個性のない黒い法服を着たコモンロー裁判官こそが崇高な法の助言者であるという統的な英米の法律専門家的な視点からの裁判官像の変化を必要とする。²⁹このような対応では、裁判所には、個々人の主張に対して、ダルコンシールドやエージェント・オレンジのような大量生産物製造責任事件において裁判所によって調整され、提案されたような柔軟な損害補償の分配スキームの設計が求められる。その一方で、実際には、クラス・アクションが提起されるまでは潜在的な問題について気付かなかった訴訟当事者は、和解を経て得られた資金またはその他の資産についての分配の提案をのむかどうかの決断を迫られる。

したがって、伝統的な不法行為概念は多くの困難な問題の解決を試みるための単なる出発点となる。その出発点から派生する問題は、このように全国の連邦及び州裁判所における何千人もの原告が、他方で、多数で多様な被告を訴えるときに起こる。裁判所が、どのようにしてこの急激に増える案件に立ち向かうことができるのかということは、実際に、裁判制度の能力や司法的救済の実力をテストすることでもある。³⁰

Mass Torts 訴訟は、全ての立場の当事者に対して個人的、財政的、そして政治的な賭けを伴う。重大な障害と費用負担を伴う原告にとって、請求数が増

加するのに従って、迅速な補償を実現することがより困難となる。³¹原告と被告を含む訴訟当事者数が途方もなく大規模になる場合には、訴訟をもっと厄介なものにする。Mass Torts 訴訟では複雑な争点があるため、事件の処理と解決において長時間の遅延をもたらすことになるし、有毒性のある不法行為を含む訴訟では、技術的そして法的な面の両方で、損害と疾病の因果関係と文書による証拠固めについての争点を中心として特に難しい問題を提示する。³²というのも、どのような物質への接触によって主張される被害を引き起こしたのかについてその製品を特定する必要性とともに、有毒物質に曝された事実と長期の潜伏期間を経た損害との間には、さらに困難な法的、技術的問題が存在するからである。

では、具体的な Mass Torts ではどのような規模で被害が生じ、どのような規模で訴訟が提起され、最終的にどのように解決に至ったのか、二つの具体例をあげてみてみよう。

(2) Mass Torts としての Agent Orange 事件

ア Agent Orange 事件の発端

Mass Torts の中でも、歴史的に大きな注目を集め、また最も引用され、典型的だとされてきたのは、1961年から1970年末のベトナム戦争時に行われた枯葉剤の空中散布に起因する大規模不法行為訴訟である。³³

1970年の後半に、退役軍人と彼らの家族は、エージェント・オレンジ作戦といわれる合衆国軍隊がベトナムのジャングルに散布した枯葉剤や除草剤の二次被害に苦しんでいた。この枯葉剤や除草剤は、ベトナムの山林だけでなくジャングルや通常の茂みに敵が隠れているかもしれないとして、樹木の枝葉を薬物で枯れさせることを目的としてベトナムの広域にわたって空中散布された。この作戦は、一般的にエージェント・オレンジとして言及されている。それは薬物を保管していた容器の色がオレンジ色の縞模様だったため、そう呼ばれた。その結果、アメリカ、オーストラリア、およびニュージーランドの何十万人もの兵士や軍関係者は、自らがこの除草剤を浴びることになり、深刻な健康上の損害を引き起こした。彼らは、自らの病気の原因を作った複数の化学薬品製造会社の責任を追求するために訴訟を提起した。このエージェント・オレンジ作戦に使用した薬物は、そもそもは環境保護主義者や退役軍人によってさえも、モデル的な除草剤だとして歓迎されていたが、後になって相当危険な化学物質だと認識された。³⁴

エージェント・オレンジ訴訟はその構造上の特質から伝統的な不法行為裁判と相当異なった様相を示した。その規模と複雑さは想像力をはるかに超えた。この事件は、最初の段階では600件以上もの別個の訴訟から成り、それが一つのクラス・アクションへと合併された。このクラス・アクションは合衆国の至る所で個別になされた1万5,000件以上の提訴が集合されるまでになった。³⁵

しかし約400件の個々の事件は、クラス・アクションからのopt-out（離脱）事件として、このクラス・アクションには含まれなかった。これらの訴訟の原告は、240万人のベトナム帰還兵、彼らの配偶者、出生児または非出生児、そしてオーストラリアとニュージーランドの軍人と少数の民間人の被害者である。彼らの訴訟の相手方は、七つの(そもそもは24の)薬品会社と合衆国政府からなる。³⁶

この訴訟は、長い期間を要して最終的には和解するに至ったが、もし和解に至らなければエージェント・オレンジ事件は却下されていたといわれている。³⁷というのも、除草剤の散布が特定の人物に疾病をもたらしたという十分な証拠がなかったし、また、連邦最高裁の下した政府の政治的および外交的行為についての種々の判例からしても、ベトナム戦争を遂行するという政府の裁量的行為に対して連邦政府や除草剤製造会社を相手取って訴訟をすることは困難だったからである。

イ Agent Orange による被害と因果関係

このエージェント・オレンジ事件は既存の法制度に対する先例のない挑戦となった。すなわち法や法制度が大規模な有毒性化学物質による被害に取り組まなければならなかったことである。これを分析するために「大規模」(large scale) および「有毒性」(toxic) の二つの構成要素に分けて Mass Torts を分析することが有効である。³⁸

まず、「大規模」という側面は、特に被告に対する甚大な法的責任の見込みを作り出し、原告に対しては組織化の複雑さと困難さを痛感させ、そして裁判手続においても、民事訴訟手続上、証拠法上、そして実質的な法的救済はどのようなものかについての難しい課題を裁判所に担わせる前例のない規模の事案となった。それは、原告当事者数が数万人という訴訟の規模の問題だけでなく、外国の兵士を含む外国人が広範に存在する原告となり、しかもベトナム戦争に従軍した者だけでなく、その家族(配偶者や子供)まで含むものであったからである。また、エージェント・オレンジ事件における深刻な「中毒性」という損

害の要素は、この事件を特別なものとして位置づけている。エージェント・オレンジ事件を、それより以前のアスベスト³⁹と DES⁴⁰の二つの最も重要で難解な有毒性の不法行為訴訟と比較した場合、これは特に明白となる。これら二つの先行訴訟は、中毒の複雑性についてそれぞれのユニークな状況を示したが、エージェント・オレンジ訴訟における主たる争点、つまり化学物質が原告の損害を引き起こしたかどうかに関する因果関係（causation）上の争点は、アスベストと DES の訴訟ではかなり直接的なものであった。つまり、アスベスト訴訟では、最初に最も一般的なアスベスト関連の疾病となった石綿肺腫瘍と中皮腫についての客観的な症状が存在したし、さらに DES 訴訟の場合、それによって引き起こされた膣の悪性腺腫は、相対的な発覚と症候群が顕著であり、それが容易に知覚された。しかもこれらの疾病に対する、20年またはそれ以上の長期の潜伏期間はすでに正式事実審理に達する段階で多くの事件が期間を経過していたが、アスベスト作業員および DES を摂取した女性の感染レベルは、妊娠中の者に比較的高く、しかも持続的な疾病を示していた。

しかしながら、エージェント・オレンジ事件においては、これら二つの事案とは全く状況が異なっていた。⁴¹まず、それによって引き起こされたとされている癌と奇形の発覚は、問題となる15年から30年以前に発生しており、そしてそれゆえ、それらの毒性の効果を因果関係論的に完全に明らかにできなかった。しかも、退役軍人が曝されたエージェント・オレンジで用いられた高度な毒性物質であるダイオキシンのレベルは一般的にかなり低いことが問題解決をより困難にした。

エージェント・オレンジで使用された除草剤は、異なった製造メーカーによって生産されたが、しかしそれらの製剤は、ベトナムに送る前に、メーカーの特定が困難なスチール製のドラム缶内で一緒に混ぜられていた。⁴²しかも退役軍人がはっきりと苦痛を訴えた最も深刻な症状は、ダイオキシンに特有のものではなかった。そのため、エージェント・オレンジ事件では大規模の毒性の原因や被害との因果関係においてその立証が困難なものとなった。⁴³この点、アスベスト訴訟において特定の企業に法的責任があったとされた事案では、アスベストの種類、梱包と取り扱いの状態、防毒マスクの使用についての事実が争点となり、解釈の方向が具体的に示されたが、エージェント・オレンジにおいてはそのような争点はたいへん困難なものとなった。このエージェント・オレンジ事件は、Mass Torts 訴訟に固有の問題として、原告らに被害に関する複雑な因果関係の証明の重い課題を提起していた。⁴⁴

(3) Mass Torts としての Vioxx 事件

ア Vioxx 訴訟の発端

Vioxx（バイオックス）は、米医薬品大手メルク社（Merck & Co., Inc., Whitehouse Station, N.J., U. S. A）製造の関節炎治療薬剤であり、市場でよく知られたアスピリンと比較して効果が高いためスーパーアスピリンと呼ばれていた。この Vioxx は 2000 年春に、鎮痛剤として市場への出荷が承認され、すでに市場を確立していた別な鎮痛剤セレブレックスへの主要な競争相手となって登場した。⁴⁵米医薬大手のメルク社は、2000 年の食品医薬品局(FDA)の認可時から、Vioxx を市場から自発的に撤収した 2004 年 9 月 30 日までの四年間、Vioxx を合衆国および海外に販売し続け、巨額の収益を得た。⁴⁶しかし、医学的研究によって、Vioxx の使用者がその服用によって脳梗塞か心臓発作を発生させるという機会が増加していたことが明らかにされたため、メルク社は Vioxx の市場からの撤退を余儀なくされた。⁴⁷

すぐに原告の弁護士とメディアは、Vioxx によって引き起こされた危険性について問題視し、同様にメルク社がその危険性について知っていたか、知るべきであったとした。⁴⁸その後、2005 年 2 月に米食品医薬品局から、Vioxx は「販売しても問題ない安全性を備えている」との結論が出されたが、実際、2005 年 8 月、Vioxx を服用して死亡した遺族によって、死亡したのは Vioxx の副作用のリスクを隠していた製薬会社側の過失によるものだとして、訴えが提起された。

実際、メルク社の Vioxx の市場からの撤退以前でも、メルク社は、数千件以上の個人的な損害賠償請求への準備をしなければならなかった。そしてメルク社はすぐに、世論に影響を及ぼすことを目的として、先制攻撃にとりかかった。⁴⁹まず、2004 年 10 月 1 日、メルク社研究所の所長は、製造された薬品に関する会社内部の研究によって、Vioxx が市場に出回る前に十分にそのリスクについて検討していたという時系列を発表した。⁵⁰また、心臓発作と脳梗塞のリスクが増加する可能性があることを公開した後すぐに、訴訟の殺到を予期して、メルク社は、それに対応する用意があると明言した。⁵¹

この時のメルク社の抗弁は、メルク社が価値のある効果的な製品を生産し、周知の Vioxx のリスクについては消費者に警告するという、合理的で、適時の方法をとっていた、というものであった。⁵²さらにメルク社は、心臓発作と脳梗塞の発生には他に多数の原因があり、心臓発作か脳梗塞を受けた人が、そのとき Vioxx を使用していたという単なる偶然の一致がありうるので、

Vioxx が被害者各々に危害を引き起こしたということ以上の法的な証明責任のあることを強調した。⁵³さらに、メルク社は、Vioxx に関連した危害の増加リスクを示す研究では、長期の使用歴のある場合には強い関連性があるものの、心臓発作発生のほんの数ヶ月前に当該薬を使用していたというような潜在的な原告にはこれに関連性がないとした。⁵⁴

メルク社を相手方とする Vioxx の購入または使用に関する人身傷害および経済的損失を主張する個人による訴訟および集団訴訟の多くは、ルイジアナ州東部地区連邦地方裁判所の広域係属訴訟（Multi-District Litigation, MDL）において全体として調整され、またニュージャージー州、カリフォルニア州、テキサス州ならびにペンシルベニア州フィラデルフィアの各郡、ネバダ州ワシヨー郡およびネバダ州クラーク郡の州裁判所における手続によって、個々に調整されていた。

2008年3月31日現在、メルク社は、約1万4,450件の訴状の送達を受けた。これには Vioxx を使用した結果、人身傷害(personal injury)を被ったとの申立てを行っている約3万2,925名からなる原告団、さらに人身傷害および経済的損失を被ったという申立てを行っている約260件の推定的集団訴訟が含まれていた。⁵⁵

これらの訴訟提起に対し、メルク社の弁護士は、Vioxx の短期間の使用の場合には心臓発作と脳梗塞を引き起こすことについては科学上は支持できないという会社の主張を繰り返した。⁵⁶たとえばメルク社の弁護士は、ヒューメルストン氏の訴訟で、「Vioxx を摂取していたか否かに関係なくヒューメルストン氏は心臓発作を起こしたと信じている。私たちは上告についてあらゆる手段を追求するだろう。」と述べた。⁵⁷Vioxx 訴訟は、一日当たり100万ドルもメルク社に負担させることになると報道され、ウォール・ストリートのアナリストは、すべての事件を和解すると事実上300億ドルもメルク社に負担がかかると予測した。⁵⁸これに対して、メルク社の弁護士は、訴訟を選択するという戦術から急に和解するような戦術変更は正当化できないと述べていた。

⁵⁹

この段階で、メルク社は、一件の請求に対しても和解しておらず、実際には、訴訟に進んだ事件のうち九事件において陪審評決で勝訴していた。⁶⁰これらの不法行為訴訟では基本的な主張が当事者間で共有されていた。⁶¹つまり原告側は、Vioxx が心臓発作や心筋梗塞のような心臓血管へのリスク増加を引き起こし、そしてメルク社はこれらのリスクについての予見があったにもかかわらず、適時に消費者と彼らの医師に対して適切な忠告を与えなかったと主張するものであり、これに対し、被告側は、心臓発作と心筋梗塞リスクは、Vioxx 以外の要素によって引き起こされたことを提示し、原告が異なった薬の使用期

間において、異なった病歴を持っていたと主張するものであった。⁶²その後、メルク社は、Vioxx を 18 ヶ月間にわたって使用すると心臓血管危険を増加することを認めたものの、ほんの数ヶ月それを使用した消費者にもリスクの増加があったという点は頑なに否定した。⁶³そこでメルク社は抗弁として主に原告の因果関係の証明不足に焦点を合わせた。

実際に、原告にとって最も難しかったのは、製品と健康被害との因果関係を証明することであった。Vioxx を服用したという事実が証明できたところで、喫煙習慣など他のリスク要因を抱えていると因果関係の特定が難しくなる。こうしてメルク社はこれまでに審理された 20 件の訴訟のうち、12 件で勝訴していた。

イ 和解

Vioxx のリスクが明らかになり、製品を回収した時点でメディア報道もあり、メルク社の株価が下落するなどメルク社は大きな苦境に立たされていた。爆発的な勢いで提起される訴訟を前に、本来なら早々に和解に持ち込むことも考えられるが、しかしメルク社は安易な和解を避け、法廷での徹底抗戦に挑んでいた。しかし、2007 年 11 月 9 日になって、突如、メルク社は現在抱えているおよそ 2 万 7,000 件の Vioxx 訴訟につき、2007 年 11 月 8 日までに提起されたものを対象に 48.5 億ドルで包括的な和解に応じると発表した。これは、Vioxx を心血管系リスクの増大により自発的に回収してから三年経過後であった。すでに 2006 年 12 月にメルク社と原告側との交渉が始まっていたが、この和解は連邦裁判所および州裁判所の四人の判事の働きかけにより実現した。⁶⁴

メルク社の和解では、損害賠償を受けるために、原告は健康被害として Vioxx を少なくとも 30 錠服用した後に心臓発作または脳梗塞を引き起こすという客観的な医学的証明を申し出なければならないこと、因果関係として、損害が Vioxx を服用して 14 日以内に起こったことを示さなければならなかった。⁶⁵個々の事件で被害者らが原告適格を得るかどうかを決定するために、この点について審査し、判断する者が裁判所により任命された。⁶⁶

メルク社は個別訴訟への徹底抗戦を推し進めた結果、これまで訴訟費用として年間六億ドル以上を費やしてきた。このまま訴訟を続ければ長期化し、費用が嵩むことが明白な中、形勢がメルク社の優勢に傾いた段階で和解に持ち込んだのは得策だったと見ることもできる。Vioxx の自主回収直後は賠償金の支払いが総額 100 億から 250 億ドルまでに達すると予測されていたが、実際に

は、和解額は48.5億ドルに抑えられた。これはメルク社の売上利益の約9ヶ月分に過ぎず、同社にとっては好条件の和解であった。それに加え、和解同意書ではメルク社は因果関係または過失を認めないと規定した。⁶⁷この和解はメルク社のためには結果的に勝利であった。というのも会社の潜在的責任が実質的にはより高いと予測されていたからである。⁶⁸この点、被害者やマスメディアによって、裁判所には、Mass Torts 事件においても、矯正的正義、社会的正義、および抑止を促進するための問題解決方向を図ることが期待されていたため、結局、被告メルク社に有利な和解に終わったことについて、十分に資金力のある会社に対して和解交渉と誠実な証拠評価に従事することを強制するための効果的な手段を裁判所は欠いているのではないかと批判された。

69

メルク社の Mass Torts 事件においては、同社はすべての事件を裁判するという方針に立って、自己の戦略を支持する費用便益分析をする手法をとった。⁷⁰メルク社、または何千もの不法行為の申立てに直面している同様の他の会社は、利益を最大にするために、会社の株主の利益を守る義務に基づくという理由で、何でも訴訟という戦略を正当化できた。2007年8月までに、メルク社は10億ドル以上を弁護士費用に費やし、原告の請求を断念させる戦略を駆使した。⁷¹メルク社の何でも訴訟で、という戦術は Mass Torts 訴訟における原告の申立方法の再考を要求した。⁷²もし被告にとってあらゆる手段の利用に固執することができるということにより何百か何千もの正式事実審理を要求するか、あるいは別の選択として、相当低い価格で全体的な和解に至る余地があると主張するならば、公正さを実現する司法制度への影響は容認しきれないものになる。⁷³

しかし、Vioxx 訴訟を、貪欲な原告側弁護士と、支出を抑えることに全力をあげている裕福な会社との争いだ、と見ることは重要な点を見逃すことになる。⁷⁴心臓発作と心筋梗塞を患ってきたと主張する何千人もの消費者と会社との間の重要な論争は、その薬のラベル（表示）上の警告を修正し、市場から薬を撤収させたものの、薬は危害を引き起こさなかったと強く主張する会社との対立でもある。⁷⁵これらの大多数の個々の消費者にとって実行可能な司法メカニズムあるいは法的手続がないということは、公正でタイムリーな紛争解決方法がないということであり、そして何でも訴訟という大企業側の戦術に直面すると、多くの被害者は、財源をあまり持っていないため対抗できないことになる。⁷⁶不法行為システムの第一の目標は、財源を欠いているこれらの個人に対して、個人的な損害に対してタイムリーな方法で補償する機会を個人に与えることにあったはずである。⁷⁷Vioxx 訴訟におけるメルク社の訴訟戦略は、このように司法の矯正の、社会的正義の実施という目的を著しく脅かす。⁷⁸増

加した訴訟費用と遅滞した補償決定は、当事者主義的な裁判制度における抗弁に対する権利に基づいているからということで簡単には認めることができないからである。⁷⁹

ウ Vioxx 訴訟—裁判所への公正についての義務

かつて、エージェント・オレンジ訴訟を主宰したジャック B・ワインスタイン (Jack B. Weinstein) 裁判官は以下のように述べている。⁸⁰「弁護士が本質的に公共訴訟を引き受けたとき、その人たちは賞賛と同時に、財政的な破綻(破産)に備えていなければならない。この問題は伝統的な依頼者と弁護人の一対一の関係と関わりの限界を超えている」。⁸¹つまり、Vioxx 訴訟におけるメルク社の訴訟戦術は弁護士と依頼人の基本的な関係を再定義する。つまりメルク社が Mass Torts 事件の費用便益評価に基づくビジネスの決定をおこなうため、メルク社の弁護士は、特定の事件のメリットについてではなく、総合的なビジネス法人としての訴訟戦略をとる。その結果、Mass Torts 訴訟における個々の被告は、このような企業戦略に必然的に引きづられる一方で、個々の事件で和解をすべきかどうかに関する率直な評価ができなくなるという問題を引き起こす。⁸²また被告が全てを訴訟で対応するとの戦略を公にしたため、原告側弁護士は、和解もしくは法廷外紛争処理が彼らの依頼人の最善の利益になるかどうかに関して、個々の依頼人への慎重なアドバイスを提案できないという問題も生じた。⁸³

Vioxx 訴訟における双方の弁護士の主な指針は、依頼人に独立した判断をさせること、裁判所への実直さを提示すること、そして依頼人への忠誠を維持する義務である。⁸⁴この場合、当事者の弁護士に課される最も適切な倫理的義務は、事案の紛争解決に向けた裁判所への協力および誠実義務であろう。⁸⁵しかしメルク社は公的にほとんどの事件について集団的和解を追求しなかったし、メルク社は和解は考慮に入れないと言明することによって、原告側弁護士の役割を制限した。⁸⁶つまり、この鮮明にされたビジネス的対応によって、原告側の弁護士は、それぞれの事件を評価し、和解か、訴訟を進めるかどうかの決断をせまられるということとなり、紛争を法廷で解決するという伝統的な役割を制限させられることになった。⁸⁷

問題は、原告の弁護士が訴訟を提起すると、被告側弁護士は、被告にストレートな義務を課す法的規則や、訴訟段階で不利益と考えられる証拠の提示を回避しようとすることに直面することである。すなわち、訴訟を通じた本質的な問題解決に対して対応するのではなく、むしろ一般的な民事訴訟規則のルール

に則って、連綿と訴答を提出し、そしてサマリー・ジャッジメント(summary judgment、正式事実審理を経ない法的争点に対する判決)を求める申立てへの返答を提出し、専門家証人を依頼し、宣誓供述書を準備し、提出し続け、そしてメルク社の研究員とマネージャーの供述を提出することである。⁸⁸このようなメルク社の訴訟戦略の成功に関して、たとえば一人の Vioxx の原告が補償金を受け取った上で、メルク社の弁護士の中から「Vioxx が心臓発作を引き起こしたというたった一つの事件も、メルク社はまだ発見していない」という陳述を提案されたが、このようにメルク社から説得された者は一人ではないとした。⁸⁹この弁護士はまた、心臓発作自体が(Vioxx とは関係なく)多くの人々において一般的なことであるとしていた。メルク社の弁護士の一人が、Vioxx は原告の心臓発作を引き起こしたということについて全く根拠がなかったという陳述を誰かにさせていたとするならば、弁護士は裁判所に対する弁護士の誠実義務を果たしていたかどうかに関して深刻な問題が浮上するであろう。⁹⁰

因果関係や損害に対するメルク社の抗弁に対して有効な情報や証拠を提示できないということは、メルク社が、事件は特定されていないと主張する一つの理由である。メルク社の調査が、Vioxx が心臓発作を引き起こしたことを示す証拠は専門家を説得するほどには特定されていないと主張することと、全く原因ではないと主張するのとは全く違う。同じ流れで、原告が、「メルク社は、Vioxx が心臓発作を引き起こしたと信じていた」というような言葉を用いることは、マスコミには意味あるメッセージとなるかもしれないが、実際に訴訟でそれ自体を立証するのはかなり骨の折れることであった。⁹¹

したがって、当事者主義的手続において、ディスカバリーと正式事実審理を通して、全ての原告の主張を否定し、あらゆる申立てに挑戦するメルク社の戦略は、株主利益や依頼人への義務によって補強されるため、訴訟の真実探求の目的とは直接的に衝突することになる。問題は、たとえ問題の証拠を公けに開示することなく、裁判所でのイン・カメラ手続で議論することになっても、裁判所に原告への開示を要求することが許容されるかどうかである。⁹²

メルク社は、原告がメルク社は不十分な警告しかおこなわないで Vioxx を販売し、Vioxx はそれらの損害を引き起こしたということを、それぞれの事件で、民事裁判の原則である「証拠の優越性」(preponderance of evidence)の原則に基づいて立証するための十分な証拠を提示すべきだと主張する権利を有している。それでも同様の多くの申立てが続くならば、特定の事件での証拠はメルク社の責任の存在について陪審を説得するには十分の潜在力があると裁判所に認めさせるだろう。⁹³その時、誠実な和解の議論に携わるのは意味がある。実際、不法行為システムは正式事実審理なしに大部分の事件を和解な

どで処理することを可能にしているし、またそのような訴訟指揮を裁判官に認めている。そうすると、ここでも、ディスカバリーに基づく、具体的な証拠や事実情報の開示は不可欠とならざるを得ない。⁹⁴

しかし、メルク社は、それぞれの事件の誠実な評価に携わり、裁判所との率直な議論に参加することよりも、許容される正式事実審理の戦術を駆使する方法を選択した。これは、他方で、原告らの要求に対する公平な解決に対する権利を妨げ、その結果、訴訟当事者だけでなく裁判所のような公的な制度に対してもかなりの費用負担を強いた。この点、メルク社がどんなケースにも決着をつけたがらない理由に関して裁判所に示した回答は、和解が Mass Torts のその他の事件と全体的な解決に否定的な影響を与えるということであった。

不法行為では同種の出来事や被害発生を抑止が必要であるという法政策的要請と、そのための、例えば三倍賠償の裁定は、経済効率、矯正的正義、および社会正義の公的目標を促進する効果的で正当な方策として機能する可能性がある。しかし、原告のディスカバリー要請に対する弁護士-依頼人特権を根拠とするメルク社の戦略の効果は、訴訟のあらゆる重大な局面に影響を与えた。⁹⁵メルク社は、この戦略を採用したとき、おそらくこれらの効果を予期し、望んでいたといわれる。⁹⁶最初の目標は、原告側弁護士の訴訟費用をつり上げ、そして被害回復への期待を下げることによって、原告側弁護士に Vioxx 事件について提訴することに関して、より用心深く考えさせることであった。事件に対するより慎重な評価をおこなうことは、個人的そして社会的な正義を促進する公益と同様に、法的、倫理的な誠実義務でもある。正式事実審理の段階を通して、個々の事件の初期評価とその受け入れの決定から、原告の弁護士もまた裁判所へのこのような誠実義務の恩恵を受けている。メルク社が、2万7,000件すべての事件に有利性がないわけではないと知ったのとちょうど同じように、原告の弁護士は、事件のいくつかは他の事件よりも有利性を欠いており、よりさらに難しい証拠の提示、証拠制限の問題について抗弁する制定法上の根拠を欠いていると感じていた。⁹⁷

しかし、他方で、個々の市民が彼らの要求を実現するための有能な弁護士を見つける機会を失っているかどうかの評価については、相当な注意が払われるべきである。Vioxx 訴訟では、多くの Mass Torts 訴訟の経過において見られるように、原告の弁護士らは、何らかの方法で協力し合うこと、クラス・アクションを提起すること、ディスカバリーを実施するために主任弁護士委員会を設置すること、または情報を共有することに同意していた。⁹⁸ほとんどの Mass Torts 事件が資力ある会社を被告にするため、原告側弁護士は、訴訟費用が巨大になる傾向があることを認める。つまり一件が10万ドルよりも少額におさまり、しかも、個々の被害の責任についての訴えが十分可能であるとい

うようなことはありそうになかった。⁹⁹ 現実には訴訟提起と維持のために予想された費用は、事件を委任されて費やされる仕事時間(タイムチャージ)に加えて、原告側弁護士に重い負担となり、結局、事務所によっては、他の資金調達先を見つけなければならないというような別な負担を負わせた。

実際に、弁護士による代理を拒否された多くの潜在的な依頼人が、貧しいか、少数民族か、またはその双方であったと指摘されている。¹⁰⁰ これらの依頼人はおそらく、彼らの事件の勝訴については最も低い可能性を示した。なぜなら彼らは Vioxx の服用前に複数の健康上の問題をもっていた可能性があるからである。

このように Vioxx 訴訟で複数の依頼人を代理した原告の弁護士は、不法行為訴訟に共通している多くの倫理的および経済的問題に直面していた。ワインスタイン裁判官が注意したように、これらの問題は訴訟代理人の依頼人に対する守秘性と執心な弁護活動への誠実性への契機を含んでいる。¹⁰¹ そのため依頼人の一人のためにこれらの実務を実行することは、別の者へのその義務に反する危険を冒すという立場に置かれた。¹⁰² こうして、原告の弁護士らは個々ばらばらに分断されていく一方、メルク社の弁護士は、企業利益を保持するという一点で結束し、訴訟上のインセンティブを発揮することで、より大きな力と影響力を訴訟に与え続けることが出来た。メルク社の戦略によって強調された主張が、正式事実審理の最初に提示されるように因果関係と不十分な警告についての原告側の立証責任に関してであり、原告側にそれらに対する原告団共通の方針がないとき、もし個人が個々の弁護士によってバラバラな対応を伴う代理をされるなら、そのグループにおけるいくつかの事件は必然的に不本意な和解、仲裁または早期に正式事実審理へ推し進められることになる。和解または裁判外紛争処理の可能性が、このような原告と原告代理人の個人的、財政的、または感情的な必要性に基づく場合には、原告の何人かには不満なものとなるだろう。¹⁰³

原告依頼人間の潜在的なコンフリクトは、個人がグループの一部として代理されるような全ての Mass Torts 訴訟においては常に存在している。しかしながら、メルク社の訴訟戦略に関する公的見解は、個々の原告の依頼人の必要性または要求に応じる原告側弁護士の能力を減退するというものである。メルク社が和解契約に基づき期待した条件は、原告側弁護士がグループ全体の総合的な利益を促進する一方で、個々の依頼人の利益を犠牲にすることを原告の弁護士に説得するということであった。¹⁰⁴ つまりメルク社の訴訟戦略と原告側弁護士が選択せざるを得なかった対応は、このような Mass Torts 訴訟の場合、裁判所による何らかの管理的介入がないと、そのまま一対一の不法行為の原型に押し込められた、バランスを欠いた解決を導いてしまうということである。

では、Mass Torts 訴訟においては裁判所はどのようにしてディスカバリーにおけるバランスある管理的介入をとるべきか。この点の分析は道徳的かつ公的政策の観点からもより批判的な検討を必要とする。

3 Mass Torts におけるディスカバリー

(1) Mass Torts におけるディスカバリーのあり方

連邦裁判所は、規則 26(c)の下で保護命令を決定する権限を持っている。通常、そのような命令は特定の文書または一連の文書に関して、あるいは特定の証言録取書の中身に関して求められる。しかしながら、当事者の間であらかじめ文書や情報の非開示に関する保護命令に同意しておくことは一般的であり、裁判所は彼らが自主的に起こった保護命令を前提として文書の提出を回避することを当事者に許可している。

民事訴訟における保護命令は、企業機密や特許開発情報や、事件に無関係な資料の公への開示からの保護を目的とする。当事者による特定文書ごとの開示の申立てがない限り、文書の守秘性の判断については、提出する当事者に委ねられている。そのため多くの事案において当事者は、提出を拒みたい情報があるときには、「弁護士-依頼人特権」や「ワーク・プロダクト」を根拠にするか、あるいは裁判所に特定情報に関する保護命令を求めることになる。この命令申立てに対しては、当事者は相手側に対し守秘性の指定についての正当事由

(good cause)を示すように求めることは可能であるが、実際にはあまりおこなわれていない。それは、文書の守秘性如何についてはディスカバリー手続の間、あくまでも提出する双方当事者のコントロール下にあるからである。しかし、もし事件が正式事実審理に到達した場合、すなわち正式事実審理で文書が使用される場合には、それが引き続き保護命令の範囲内で保持されることはほとんどなくなる。というのも審理段階では公的アクセス、つまり開示された文書への第三者のアクセス権への推定が強くなるためである。¹⁰⁵

しかしより問題なのは、Mass Torts 事件において、保護命令の広範囲な利用がおこなわれると、一般事件に比べて、立証のための情報収集が原告にとって容易ではないということである。Mass Torts においては、保護命令は特に原告側にとって厄介なものとなる。Mass Torts 事件で被告によって利用される最も一般的な守秘性の主張は、企業機密に基づく文書開示の拒否である。というのも、通常、保護命令は、それが主として提出する者に何らかの克服できない危害を引き起こす可能性ある企業情報に適用されるからである。もとより被

告はダメージが大きい情報の公開を避けたがるものである。他方、原告は、依頼人のためにより満足度の高い判決や和解に対する交渉の方策として、このダメージが大きい情報の入手を望む。この両当事者の訴訟戦略の現実的対応に注目すると、訴訟システムがもつ公的性格の観点からは、たとえば特定の情報(薬剤や農薬などに関する情報)が公的安全性や公衆衛生にとって重要な情報であるかぎり、公が「秘密情報を手に入れる」という手続は、熟慮の価値があるということになる。

もっとも保護命令は、実際の営業機密に関わり、しかもそれが公共への影響がない場合には正当な役割を持っている。しかし、そうでないときには裁判所は会社のプライバシー利益と公衆の安全衛生との間でより公正なバランスをとる必要に迫られる。法的システムでは、不正行為を行なう者を保護すべきでないし、犠牲者に対する損害の原因を隠匿すべきでないからである。ワインスタイン裁判官は、Mass Torts 訴訟においては、裁判所が、機密についての申立てを承認する傾向があるという点について示したあとで、彼は、Mass Torts 訴訟におけるディスカバリーの問題が「コンピューターを通して収集された利用可能なデータの莫大な増加、インターネットとメールを通じた広範囲の通信の容易さ」¹⁰⁶によってより重大になっているとしている。彼は、保護命令について議論する際、もし、「公共の利益」として必要ならば、裁判所は、法的な修正を求めることができると付け加えるとともに、保護命令を一時中止することに同意するとした。

彼は、バランス・テスト¹⁰⁷の効用について議論し、「情報の守秘性を維持する当事者の利益と、それを公表することによる公的利益とを比較検討することが必要だ」¹⁰⁸とする。彼は、均衡論的立場を示しながらも、Mass Torts 訴訟におけるディスカバリーの積極的開示に賛成しているように思われる。すなわち Mass Torts 訴訟では「それぞれの事件は異なっているが、一般的に疑念がある場合に、機密性は拒否されるべきである」¹⁰⁹という。のちにワインスタイン裁判官は、彼の調査官と共に共同執筆した論文で、その話題をふたたび取り上げた。とくに Mass Torts に関する彼の視点は広がっていた。すなわち、Mass Torts 事件が、社会に与える影響という観点から、共同体の個人メンバーの利益は、時々、全体として共同体の利益に移行しなければならない、という。彼によれば、裁判官は Mass Torts 事件において広域にわたる公的調査の必要性を熟慮しなければならず、訴訟においては、率直に、訴訟当事者の潜在的利益、情報にアクセスするための機関の必要性、原告の将来の利益、そして科学的分析に対応可能な公的利益団体の役割に重きをおかなければならない、とする。¹¹⁰

ワインスタイン裁判官は Mass Torts におけるディスカバリー手続での機密

性の濫用に対する明白な懸念を受けて、いくつかの提案を示した。とくに裁判所は、保護命令に関する紛議に際してはその判断のために第三者の介入を得ることが奨励される、とするとともに、公的利益が問題になるとときには保護命令が修正可能であることに注意すべきだとした。¹¹¹つまり、Mass Torts 訴訟における文書提出については、これまで包括的保護命令を正当化するためになり誇張されてきた。そのため保護命令が公的利益に関しては適性なバランスを示すまでには到達していない。¹¹²保護命令は、「ディスカバリー資料の流れを促進し、秘密性に関する論争の迅速な解決を容易にして、機密資料を適切に保護し、そして保護がそのように権利を与えられた資料だけに限定することを確実にする」ために出されるものであるとワインスタイン裁判官はいう。¹¹³保護命令に関する規則では、「もし誠実な当事者が、文書は規則 26 (b) 剛の下で適切に保護されていると信じる」¹¹⁴ならば、提出する当事者は守秘性をもとにどのような文書も指定できると、規定する。¹¹⁵

Mass Torts 訴訟における保護命令に関する考えは、状況変化への慎重な配慮がおこなわれるよう検討されている。第一に、莫大な量の文書が爆発的に増加していることである。十年前には電話や個人的になされていた手紙などのコミュニケーションは、現在は、ほとんど E メールを通して行われている。そしてこれらの E メールは長期間にわたって保持される。経験豊富な Mass Torts の専門弁護士は、提出された文書の量は、ある時点で例えば百万ページあった訴訟は、現在、通常、数千万ページとなっているとしている。その量的増加と共に、書面の検討と提出に要する費用の限りない増加と、その過程における過ちの可能性の増大も考えられる。つまり、守秘性のない文書が、悪意であろうとなかろうと、より不適切に用いられることもおこる。第二に、迅速なデジタル情報の流通の世の中で、機密書類がいったん限定されたとはいえ、技術的に経験豊富な人間にそれが漏らされてしまうと、他目的での利用が可能になることが懸念される。文書の情報が特定できたときですら、文書が回収されたりコピーされたりするという思いもよらない出来事がおこり、保護命令を出す際に裁判官の適切な対応がないと問題を生じる。もしある情報に関心を寄せる第三者が、公益に資するような実質的な機密情報を人手できない場合には、保護命令に違反してまでも文書の公開を試みる可能性もある。そのため、すべての情報の公開を禁じる包括的保護命令は、公的利益の開示については柔軟性を持つべきである。実際に包括的保護命令を出す際にもし裁判官が数千万から数百万ページ¹¹⁶の書面を検討するとすれば、それは実行不可能である。

訴訟当事者は、しばしば正当化理由なしに文書を秘密として維持する動機をもつ。すなわち訴訟に影響力を増そうとする原告側弁護士と、害を及ぼす文書の開示をできるだけ避けて通ろうとする被告側弁護士の攻防がある。第三当事

者のかかわり合いはこれらの当事者の都合に対しての実用的なチェックを果たし、少なくとも Mass Torts 訴訟では、しばしば機密性への挑戦に興味がある公的利益団体または、第三者が存在する。保護命令の取扱いは、そのような挑戦についての迅速な解決を容易にするためになされるべきである。文書の機密性に対する正当な挑戦についての手段を提供することは、保護命令に果てしない挑戦をする第三者の動機を減らすことにもなる。したがって保護される文書の提出に関連する要件は予め明白にしておく必要がある。

最後に、そしておそらくより重要な点であるが、保護命令違反への制裁が今後のディスカバリーに関する濫用を阻止するために重要な課題となる。そのような制裁は多くの場合、罰金が当該当事者とすべての違反に対して適用されるべきである。他方、もし被告が不誠実なまま一貫して文書を提出しないならば、裁判所によって、提出しない文書に対して、制裁がはっきりと示されるべきである。同様に、保護命令の合意者に対しても、開示から保護された文書について違反行為のあるとき、厳しい制裁は適切である。この場合、公開への要求に対しては、裁判所がイン・カメラ手続等で第一義的な公開を妨げる本格的な対応をする必要がある。様々な電子通信技術では、文書の開示は、かなり複雑であるため、現代の保護命令手続においては特有の条件を考えなければならない。これらの技術では、保護命令の違反をひきおこすことがしばしばあり、しかもそのいくつかは意図的なものである。そこで、第一に包括的保護命令によって確立された目標をさらに効果的にするために、裁判所はこれらの命令の範囲内での柔軟な対応をさせる必要がある。そうすることによって、機密文書の不適切な公開を妨げることになるだろうし、公衆衛生に影響を与える重要な非機密書類の公開に明確な道を与えることができる。

(2) Agent Orange 訴訟におけるディスカバリー

エージェント・オレンジ事件がディスカバリーとの関係で重要なのは、先にも述べたように、ベトナム戦争が国の戦略として行なわれていた国家行為であったため、作戦にかかわる文書や証言が「軍事機密」や「国家行為の守秘性」のために開示することができないという困難さに直面したからである。

この点に関しては、1982年5月に、特別補助裁判官(Special Master)の Sol Schreiber 裁判官は、この訴訟でディスカバリー問題を扱った際、口頭で包括的保護命令を出していた。この命令では、当事者に関してだけでなく証言録取等によって出されるすべての文書が内密に扱われることとなっていた。特別補助裁判官は、この訴訟の複雑さ、争点をめぐる感情的反応、いまだに調査

されない文書の数の存在、および1983年6月の開廷日に間に合わせるために迅速なディスカバリーをすることが望ましいとして、正当事由を支持していた。

この命令は本訴の受命裁判官である Pratt 裁判官によって承認された。この特別補助裁判官は、ある特定の文書に関しては後に保護命令を一部解除したが、裁判官自身は包括的命令を課すその理由を持論として繰り返し、保護命令を維持した。Pratt 裁判官はその理由について、当事者および政府間の協力を促すことの必要性和効率的なディスカバリー計画を実施する効用と迅速さを比較衡量した上で、包括的保護命令を支持するのに十分な理由があると述べた。その結果、Pratt 裁判官は、本件において1980年から1983年の政府の記録文書に関して保護命令を出し続けた。最も初期の命令では、復員軍人庁にファイルされている秘密医療記録を保護した。この命令を出す際に、Pratt 裁判官は、開示の公益性や開示の必要性よりも、(1) これらの医療記録の対象者に対する危害の発生の可能性、(2) 治療行為に関する記録の機密保持の必要性、および、(3) 医師-患者関係の秘匿特権の要請のほうがより重要であるとした。¹¹⁷ 1983年5月12日に、原告の請求によるサマリー・ジャッジメントの申立てがあったため、Pratt 裁判官がこれを裁決し、そこで、特別補助裁判官に対し包括的保護命令について若干の部分を開示するように勧告した。その結果、同年6月21日、特別補助裁判官は「当事者のサマリー・ジャッジメントの請求書面で提出され言及されている」全ての文書に関する保護命令を解除するよう勧めた。特別補助裁判官は、コモンロー上の公的なアクセス権が裁判記録の一部の文書に対して認められ、裁判所はこれらの資料を保護命令から免除する必要があるとした。¹¹⁸ その理由の中で、彼は、サマリー・ジャッジメントの決定に達する際に裁判所に提出された文書が裁判記録の一部の文書だと認定し、何千もの退役軍人および彼らの家族のメンバーを巻き込んだこの複雑な訴訟によって提起される争点の性質を知ることには公は利益を有していると判断した。¹¹⁹ 彼はまた、サマリー・ジャッジメントの文書において公共的利益を高めることは、公的に理解されている(in public understanding)とも述べた。¹²⁰

このような、積極的な保護命令の解除の方向性は紛争解決を促進した。特に、エージェント・オレンジ事件の和解による解決に功績のあったワインスタイン裁判官は、和解の手續にあたって予備的覚書および命令を出し、その決定において、彼は当事者にディスカバリー成果の全てを提出するよう命令した。その結果、当事者は、裁判官によって与えられる指示に従って、(この指示についてはのちに上訴が認められることを条件に、) 裁判所が保管するディスカバリーで得られたすべての証言録取、およびその他の書類を提出することになった。¹²¹ 規則 5(d)は、裁判所が別途命令しない限り、相手方に送達されることを必

要とするすべての書類が裁判所に提出されると規定するからである。その場合、裁判所の命令で、必要とされる文書は訴訟手続で使用するために提出されなければならない。

エージェント・オレンジ事件についての包括的保護命令は、被害者に関する情報だけでなく大部分の政府文書および証言録取に関しても出されていたが、それも開示されることになった。このような裁判所の決定に対する申立てにおいて、政府側は、このような情報は情報公開法のもとでそれぞれの政府部局から探することができるので解除の必要性はないと反論した。しかし、結局、ワインスタイン裁判官の指揮のもとで、政府は政府機関が申立人に記録を公表する準備ができていない場合、開示を妨げないことを保証した。

エージェント・オレンジ事件では、原告である原告運営委員会と同様に、退役軍人グループおよび個々の弁護士によって代表されるクラスメンバーがこれらの保護命令を解除するために活動した。政府や企業の守秘義務の抗弁に対して、彼らが主張したのは、ディスカバリー情報への憲法第一修正の公的アクセス権およびコモンロー上の公的アクセス権であった。しかし、公がディスカバリー資料にアクセスできるとするこれらの法的根拠は、当該文書が正式事実審理で提示された裁判記録を対象とするものであったため、裁判所は、この点につき、「正式事実審理前の証言録取は、民事裁判の一般の構成要素でない」とした。¹²² 裁判所は、このアクセス権は絶対でないと判決し続け、とくに裁判記録への公的アクセスが競争相手の事業情報を含むか、または「不必要な当惑または屈辱をもたらす場合」には、アクセス権を制限することができるとしていた。

しかしながら、最高裁判所は、U.S. 対 Criden 事件¹²³で、このアクセス権が「裁判所手続への公的監督と検査、および重要事項を知る市民の権益」を許容すると述べた。¹²⁴ また Joy 事件では「判決は公開審査を前提とすべき」としている。¹²⁵

他方、ディスカバリー規則に対する制定法上のアクセス権については、規則 26(c)を根拠として、ディスカバリー資料が公開されたものであるとの推定が主張される。非開示とされたディスカバリー資料への公的アクセスを制限するために「正当事由」が存在することの証明が必要であるとする同規則は、そのような証明がない場合には、ディスカバリーによる情報は公開されるものだと解釈することを認める。シアトルタイムズ事件¹²⁶において最高裁は、被申立人が公衆の目から特定の情報を保護するために保護命令を必要とし、その正当事由を示したという事実審裁判所の決定を承認した。シアトルタイムズ事件において、裁判所は、正当事由による憲法第一修正の権利に関する制限を承認した。したがって、もしこのディスカバリー資料へのアクセスが、規則 26(c)にいう

秘密利益の非公開を合法化させるほどの危害を引き起こさないならば、そのときはこれらの保護命令を正当化する理由がないということになる。資料の公表によって実際の危害が生じるというのであれば、そのことについて申立人は立証しなければならない。裁判所は、もし更に詳しく述べられた保護命令の必要性が生じるならば、それはディスカバリーの状況に応じて個別に扱われる、とした。¹²⁷つまり保護命令のための正当事由が被告から示されるときでさえ、そのような命令を与えるという決定権は裁判所の裁量であるとした。¹²⁸

このように、エージェント・オレンジ事件では、被告が包括的保護命令のもとにディスカバリー資料の継続した保護について正当事由を示した場合でも、開示の必要性の方が更なる保護の必要性を上回って示されることが求められた。その一方で、サマリー・ジャッジメントの申立てによって特定の資料に関する保護命令が解除されるよう求められた時、特別補助裁判官は開示を支持する多くの理由を掲げていた。¹²⁹原則として、訴訟行為に対して当事者は、企業機密が当事者間の合意で開示されない例外的な場合を除いては、ディスカバリーで出されるすべての資料を調査する権利を有する。しかしながら、クラス・アクションにおいて、原告管理委員会または主任弁護士は、しばしば原告と名づけられた者を代表する者とみなす。その委員会や主任弁護士は、全てのクラス、すなわち個々の依頼人でない者に代わってディスカバリー上の行動をすることが認められている。その理由として裁判所は、「ディスカバリーによるそのような資料は、しばしば、クラスのメンバー、同じ状況下にある訴訟当事者、または一般市民のようなそれらへのアクセスを有することができない人々に利益があるからである」と述べた。¹³⁰

裁判所は、もし被告が、特定の文書、または文書のカテゴリーを引き続き機密だとして保護したいと望むならば、彼らはさらなる正当事由を示すことによってのみ、そうすることができるとし、そのような被告側のすべての要請はその日付の60日以内になされなければならない、その時に指定されない文書は、封印されていないものとするとした。¹³¹その結果、すでに被告の私的な「開発上の機密、事業、調査または商業的情報」の記録について保護命令によって「機密」として指定されていた文書に対しても訴訟参加人および原告のそのような情報へのアクセスが許可された。裁判所は、正当事由がその継続した保護維持に対して示されることができない限り、彼らは情報への権利がある、とした。¹³²裁判上の文書へのアクセスは、「公的記録および文書を検査して、複製する一般の権利」に基づく。しかし「裁判上の記録を検査して、複製する権利が絶対でないことには争いがない」。その開示のための正当事由の決定があるまで、これらの文書が「公的なもの」になるのは許可されない。正当事由がない場合、保護命令は、政府機関によって、または、その提出を強要する裁判所命

令とともに文書の提出と同時に解除される。裁判所は、結論として、エージェント・オレンジ訴訟の事実審前段階で認められたさまざまな保護命令は、上記で定められる判決に従って開示の方向で修正される、とした。¹³³

(3) Vioxx 訴訟におけるディスカバリー

メルク社に対する原告らのディスカバリーは、想像以上の壁に直面した。被害者は、Vioxx 鎮痛剤が心臓血管への危険性を増すということを知る前に、彼らを診断した医者らは約 2,000 万人の患者のためにすでに約 1 億 500 万通の処方せんを書いていた。¹³⁴

この訴訟の基本的争点は、先にも見たように Vioxx の服用と患者らの心臓発作および虚血性脳卒中の危険性増加との因果関係の問題であった。したがって、原告らのディスカバリーによる薬害の発生やその危険予見性について被告側の情報開示はかなり重要な位置づけが与えられていた。そこで、正式事実審理前のディスカバリーを調整するために Vioxx 訴訟は、ルイジアナ州東部地区連邦地方裁判所に統括すべく移送された。

同地方裁判所は、この事案に特有のディスカバリーと非特有のディスカバリーにわけてディスカバリーを実施した。原告の委員会は特有のディスカバリーとして、メルク社に対してこの事案に約 50 万ページの文書及び関連資料、情報の提出 (production) を求めたが、このうちメルク社側の被告委員会は約 3 万件の文書が「弁護士-依頼人特権」に属すると主張し、特権の枠内に入るため文書の提出は拒否するとした。¹³⁵ 裁判所は、イン・カメラ手続を用いることで、この問題に対処し、その結果、一定の文書を提出するようにメルク社に命じた。しかし、メルク社は、裁判所が理解できるようにきちんと文書を分類していなかった。仕方なく地方裁判所は個々の文書を調べ、それが特権的であると裁可した文書を除外していった。¹³⁶ その一方で、メルク社は、メルク社の弁護士-依頼人特権主張に関して地方裁判所に個別文書について裁判所にチェックを命じる職務執行令状を求めている。これについて判断した控訴審の第五巡回区連邦控訴裁判所は、2,000 件分の代表的文書のサンプリングについて地方裁判所に再検査するように命じた。¹³⁷

そこで控訴審は、メルク社が開示できない文書であると答えていた 2,000 件分の提出文書を審査するために、地方裁判所に配慮すべき一般的なガイドラインを提示し、それにしただって地方裁判所はこの特定の文書のディスカバリー可能性について決定できるように特別補助裁判官を任命した。その結果、選ばれたさらに 600 件の文書が加えられ、検証された。

地方裁判所では、これらの文書のすべてを見るのではなく、標本抽出法を用いることによって、ディスカバリーの負担と時間的浪費を少なくすることが、弁護士-依頼人特権の存在を評価する十分な手続的手段であるとしていた。この方法についてメルク社から最初は特に異議申立てはなかったため、その方法が実施された。しかし、後になってメルク社がこのような手法に猛烈に反対したため、効率的なディスカバリーが阻害されることになった。同裁判所は、コストのかかる従来のディスカバリー方法と異なり、標本抽出法は、効果的な、よりコストが低い裁判の目的にかなうだけでなく、提示される事実のより正確な全体像を提供しうるものだと改めて判断した。¹³⁸

地裁は、連邦最高裁判所においても、標本抽出法による統計サンプリングの手法は、証拠手続として認められるであろう、とした。¹³⁹これまで上級審裁判所はいろいろな状況において、同様に統計サンプリング証拠の許容性を認めていたからである。¹⁴⁰地裁は、証拠発見のために統計サンプリングを使うことに加えて、すでに一部の裁判所が集団訴訟においてサンプリングの使用を損害賠償の個別的決定に拡大していることをあげた。¹⁴¹例えば、イリノイ州北部地区連邦地方裁判所は、2,000人のメンバーの代わりに任意抽出で名前を挙げられた原告のサンプルを用いて手続を進め、原告の損害賠償額の算定についてのディスカバリーの要請を受け入れた。担当裁判官は、そのような方法以外に完全なディスカバリーを実施する経費負担を回避して、より完全なディスカバリーをおこなう方法はないという点に注意した。¹⁴²

これに対し、メルク社は、弁護士-依頼人特権のためにサンプリングを使うことは、このような集団訴訟において個別的損害賠償を決定するのに用いられる標本抽出法と同じで十分ということであれば、適正手続違反の懸念を引き起こすだろうと主張した。この点については、連邦最高裁判所はイン・カメラ・チェックにおいて実施することの重要性を強調していた。

Vioxx 訴訟の、一見終わりの見えないディスカバリー論争に直面して、ルイジアナ州東部地区連邦地方裁判所は、メルク社の弁護士-依頼人特権の主張に関して決定をおこなうために、文書の代表的なサンプルの選び出し方について第五巡回区連邦控訴裁の提案を受け入れた。同地裁は、結局、適正手続違反に対するメルク社の懸念を避けて担当裁判官をディスカバリーの負担から解放するために標本抽出法を導入し、実践した。¹⁴³

特に、同地裁は、特別補助裁判官に対し、メルク社の弁護士-依頼人特権の有効性を決定するためのガイドラインを構築させた。¹⁴⁴裁判所は特別補助裁判官によるガイドラインの推薦を異議のないものとして採用した。そして、メルク社が反対したそれらの文書については、同裁判官は各々、独立した決定をした。その結果、裁判所がディスカバリーの対象と考えるすべての文書を開示

し始めることをメルク社に命じた。¹⁴⁵結局、同裁判官はメルク社によって提出されない残りの文書は、メルク社の遵守を確かめるために特別補助裁判官の示したガイドラインに従ってランダムに検討することができるように考えた。

¹⁴⁶

こうして裁判所は、サンプルとしておよそ2,000件の代表的なメルク社の文書を選び、さらにチェックするのに用いられる600件の文書を選び、メルク社の文書のディスカバリー可能性について決定していった。¹⁴⁷

しかし、このようなサンプリングによる検討でも、相当な時間を要し、このことは、絶対的に被告には有利に、また原告には不利に作用した。特別補助裁判官は、いつの時期の文書にこのサンプリングが使われなければならないかという問題に注意をうながすコメントをした。考えられたサンプリングは、当事者の立証責任を回避してディスカバリーの負担を少なくする手段である。たとえ地方裁判所が、メルク社にイン・カメラ手続による検討結果の詳細な情報を提供することができなかった場合でも、その後、特権を証明させる別な機会を提供したとしても、メルク社が再び必要な情報を特別補助裁判官に提供することができないことも起こりうる。こうして特別補助裁判官は、メルク社の弁護士・依頼人特権の主張による立証責任のシフトに対処することができたが、メルク社が文書について個別化のレベルを維持している間、地方裁判所によって採用されたサンプリング手続は裁判所のディスカバリー手続における過大な負担を間違いなく減少させた。そして、それは適正手続を両当事者に保証し、紛争の迅速な解決にも貢献するものとなった。¹⁴⁸

4 まとめ

Mass Torts 訴訟のような広域にわたる被害、深刻さ、および被害者の多数性という特異な訴訟環境における証拠開示はどうあるべきか。

見てきたように Mass Torts 訴訟におけるディスカバリーの問題は、裁判管轄の問題から複雑な因果関係の決定、さらにどのように紛争を解決するかという裁判所の訴訟管理の問題と密接に関わっている。¹⁴⁹

まず、エージェント・オレンジ事件では、原告団の個別の訴えの提起があり、当初、国の戦争行為についての国家秘密を理由として被告情報のディスカバリーは容易には認められなかった、他方で、裁判所は、公正な裁判の実現と被害の法的救済を図る責務を引き受けねばならなかった。多人数による多様な訴訟が次々と提起されるなかで、原告数は各地で増加の一途をたどり、ついには、何千人もの原告を抱えるに至って、一定のグループは集団訴訟としてクラス・

アクション資格が認められ、また個人ごとに個別の訴訟が提起されたが、いずれの訴訟でもディスカバリーの制限がとられた。これらの訴訟では、結局、ディスカバリーをめぐっての論争に時間が費やされたため、ついには地裁裁判官はイン・カメラ手続を経て、全面開示の道を開き、それにより一気に解決へと至る和解へと押し進んだ。

このように被告が複数の会社や国を含むような場合の不法行為においては、ディスカバリーは、原告と被告が一对一の関係で行なわれる場合ほど単純ではなく、裁判所の積極的なディスカバリー対応がなければ、解決への道は進まなかった。

また、Vioxx 事件では、被告は、訴訟による解決方法の選択をくずさず、したがって、ディスカバリーにおいても、弁護士 - 依頼人特権を用いて徹底した非開示戦略をおこなった。

何千件もの文書が特権に該当するかどうかの判断を一裁判官に委ねることは、法の適正手続に対する重大な懸念を引き起こすだけでなく、原告に大きな時間的、金銭的負担を課すことにもなる。そこで裁判所はクラス・アクションにおける原告の被害、損害額の算定における統計サンプリング法を用い、このような被害者側の主張に効率的に対処する方法をとった。

したがって、このような大規模な訴訟では、したがって、事件の特徴に応じたディスカバリーの工夫がなされることが重要であるとの認識が共有されるようになった。さらに、裁判所によるディスカバリーの工夫がなされている場合には、一对一の訴訟におけるディスカバリーとは異なった解決方法が選択できる可能性が広がることも示された。とくに特許訴訟や営業機密についての争いのように一律に包括的保護命令を認める場合には迅速な紛争解決に対応できないため、紛争解決に資する重要なものは裁判所の介入で開示させる方法をとることで、むしろ和解へのきっかけを導くような訴訟指揮のあり方が必要ということがわかった。

ディスカバリーが公正な裁判を実施するための公正な手続的保障を実質化することを制度上の目的としているとすれば、大規模訴訟の場合にも一对一の場合の当事者におけるディスカバリーと同じである必要はない点については、ワインスタイン裁判官が言うように、Mass Torts では機能しないことが明らかとなっているからである。Mass Torts 訴訟において、ディスカバリーについては何らかの工夫がされないとディスカバリー自体が大きな重荷となる。政府資料や企業機密の場合であれば、エージェント・オレンジ事件でおこなわれたようにイン・カメラを工夫するなり、また、マスメディアへの開示を制限するような形で裁判資料として用いることが認められるべきであろう。

最後に、言うまでもなく Mass Torts 訴訟においても、当事者の資力や能力

に著しい差異がある場合でも、証拠の偏在を妨ぐという意味で証拠の開示が全面的に行われる必要がある。そのためにはディスカバリーに対する裁判官の積極的な介入が一对一の当事者の場合よりも重要であり、必須であり、また不可欠となる。つまり、開示を積極的に促し、保護命令には一定の枠を設けるということである。そうすることで、被害者からの Mass Torts 訴訟における証拠偏在や訴訟上の不公平感 (unfairness) を生ずることはなくなり、結果として民事訴訟における公平性 (fairness) を達成できると思われる。

¹ Anthony J. Sebok , *What Do We Talk about When We Talk about Mass Torts? Mass Torts in a World of Settlement*, 106 MICH. L. REV. 1213, (2008). Sebok によれば、手続主義者は Mass Torts 訴訟を民事訴訟手続における改革の所産として位置づける一方で、実定法的観点に立つ者は、身体的損害だけでなく精神的な苦痛の同質性という新しい主張の出現といった実体的不法行為法における変化の反映として Mass Torts 訴訟を位置づけている。というのもこの種の大規模訴訟では、交通事故または医療事故の大部分よりももっと同質性を有するからである。なぜなら被害者の集団共通の損害原因という事実的状态を分け合うからである。また被害の地理的拡がりも Mass Torts 訴訟においてもっと 複合的な役割を担うことになる、という。

² JACK B. WEINSTEIN, *INDIVIDUAL JUSTICE IN MASS TORT LITIGATION: THE EFFECT OF CLASS ACTION, CONSOLIDATIONS, AND OTHER MULTIPARTY DEVICES* 1-8 (Northwestern University Press, 1995).

³ Mass Torts について書かれた最近の文献としては以下を参照。Eugene Morgulis, *Juror Reactions to Scientific Testimony: Unique Challenges in Complex Mass Torts*, 15 B.U. T. SCI. & TECH. L. 252 (2009); David Marcus, *Some Realism about Mass Torts*, 75 U. CHI. L. REV. 1949 (2008); Peter H. Schuck, *Some Reflections on the Future of Mass Torts*, 12 CONN. INS. L.J. 505 (2005-2006); Nancy J. Moore, *The American Law Institute's Draft Proposal to Bypass the Aggregate Settlement Rule: Do Mass Tort Clients Need(or Want) Group Decision Making?*, 57 DEPAUL L. REV. 395 (2008); Frank M. McClellan, *The Vioxx Litigation: A Critical Look at Trial Tactics, The Tort System, and The Roles of Lawyers in Mass Tort Litigation*, 57 DEPAUL L. REV. 509 (2008); Douglas G. Smith, *An Administrative Approach to the Resolution of Mass Torts?*, 2009 U. ILL. L. REV. 895 (2009); Katherine Dirks, *Ethical Rules of Conduct in the Settlement of Mass Torts: A Proposal to Revise Rule 1.8(G)*, 83

N.Y.U. L. REV. 501(2008); James A. Comodeca and Amanda N. McFarland, *Recovery of Nonpecuniary Damages in Mass Tort Actions in Kentucky: A Defense Perspective*, 35 N. KY. L. REV. 197 (2008); Jeremy T. Adler, *Losing the Procedural Battle but Winning the Substantive War: How Philip Morris v. Williams Reshaped Reprehensibility Analysis in Favor of Mass-Tort Plaintiffs*, 11 U. PA. J. CONST. L. 729 (2009); Byron G. Stier, *Another Jackpot (in) Justice: Verdict Variability and Issue Preclusion in Mass Torts*, 36 PEPP. L. REV. 715 (2009); Lester Brickman, *The Use of Litigation Screenings in Mass Torts: A Formula for Fraud?*, 61 SMU L. REV. 1221 (2008); William G. Childs, *When the Bell Can't Be Unrung: Document Leaks and Protective Orders in Mass Tort Litigation*, 27 REV. LITIG. 565 (2008); Keith N. Hylton, *Asbestos and Mass Torts with Fraudulent Victims*, 37 SW. U. L. REV. 575 (2008); Matthew Mall, *Derailing the Gravy Train: A Three-Pronged Approach to End Fraud in Mass Tort Medical Diagnosing*, 48 WM. AND MARY L. REV. 2043 (2007).

⁴ マストーツにおけるディスカバリーの濫用や証拠の偏在について、参照、William W. Schwarzer, Alan Hirsch and Edward Sussman, *National Mass Tort Conference: Judicial Federalism: A Proposal to Amend the Multidistrict Litigation Statute to Permit Discovery Coordination of Large-Scale Litigation Pending in State and Federal Courts*, 73 TEX. L. REV. 1529, 1995 および William G. Childs, *When the Bell Can't Be Unrung: Document Leaks and Protective Orders in Mass Tort Litigation*, 27 REV. LITIG. 565, 2008 および: Amy Dunn Taylor, *Mass Tort Litigation Management and Ethics*, 44 S. TEX. L. REV. 483, 2003.

⁵ 藤倉皓一郎「大規模被害訴訟における『確定できない原告』—エージェント・オレンジ訴訟の和解判決から」名城法学 38 号 501 頁(1989 年)、藤倉皓一郎「市場占有率にもとづく賠償責任—アメリカにおける薬害 (DES) 訴訟判例の展開」『民事責任の現代的課題—中川淳先生還暦祝賀論集』3 頁(世界思想社、2000 年)、古賀哲夫「アスベスト産業と製造物責任」同 67 頁、Zentaro Kitagawa「Dispute Settlement in Mass Tort Cases—A Note on Multiple Rights Problem—」同 509 頁。

⁶ Mass Torts における被害の特徴に注目して Toxic Torts という言い方もある。参照、Brent M. Rosenthal, Misty A. Farris and Amanda R. Tyler, *Annual Survey of Texas Law: Article: Toxic Torts and Mass Torts*, 59 SMU L. REV. 1579, 2006.

⁷ Brent M. Rosenthal, Misty A. Farris and Sharon D. Bautista, *Toxic Torts and Mass Torts*, 60 SMU L. REV. 1345 (2007); 59 SMU L. REV. 1579 (2006); 58 SMU L. REV. 1183 (2005); Brent M. Rosenthal, Misty A. Farris, Sharon D. Bautista and Renee M. Melancon, *Toxic Torts and Mass Torts*, 61 SMU L. REV. 1155 (2008).

⁸ LINDA S. MULLENIX, *MASS TORT LITIGATION CASE AND MATERIALS* 28 (2nd ed. West Co., 2008).

⁹ *Id.* at 29-30.

¹⁰ *Id.* at 30.

¹¹ *Id.*

¹² *Id.*

¹³ *Id.* at 31.

¹⁴ *Id.* at 32.

¹⁵ *Id.* at 30.

¹⁶ 「不確定的な原告」と因果関係につき、see Donald G. Gifford, *The Challenge to the Individual Causation Requirement in Mass Products Torts*, 62 WASH & LEE L. REV. 873, 2005.

¹⁷ MULLENIX, *supra* note 8, at 27-28.

¹⁸ *Id.*

¹⁹ David Rosenberg, *Mass Tort Class Action: What Defendants Have and Plaintiffs Don't*, 37 HARV. J. ON LEGIS. 393, 393 (2000).

²⁰ Fed. R. Civ. P. 23 (a), 23(b)(1)-(3). 規則 23 条の内容は以下のとおりである。

(a) クラス・アクションの前提要件

- ① クラスの存在
- ② クラスの大きさ
- ③ クラスの共通事実および法律問題の存在
- ④ クラス代表者の典型性
- ⑤ 代表者の適性代表性

(b) 維持可能なクラス・アクション

(c) クラス・アクションの決定

(d) 裁判所の命令

(e) 和解、任意的取り下げ、あるいは裁判外和解

(f) 上訴、承認判断に対する控訴裁への裁量上訴(1998 年改正)

(g) クラス・アクション弁護士

(h) 弁護士費用

²¹ Price v. Philip Morris Inc., 848 N. E.2d 1. (Ill. 2005), *cert. dismissed*, 127 S. Ct. 685 (2006). ただし、Class Action Fairness Act of 2005 によって集合団体訴訟の改正が行われた。2005 年 2 月 18 日、ブッシュ大統領は、集合代表訴訟を抑制する法案を提出し、企業に対する集団訴訟を規制する法が制定された。(下院で、二七九対一四九で可決。) 集合代表訴訟規制法は、自動車、薬物、銃製造業者から住宅建築業者やタバコ会社に至るまで規制が盛り込まれた。この立法では、クラス・アクションにつき、訴額が 500 万ドル以上であり、かつ原告(クラス)のいずれか一人と被告のいずれか一人とが別々の州の市民であれば、連邦裁判所に管轄権を原則として認め、例外的に一定の要件を満たす場合(例えば、原告(クラス)のうちの 3 分の 2 と主要な被告が同一の州の市民であるとき)には連邦裁判所に管轄権を認めないこととした(28 U.S.C. 1322 を改正)。

²² MULLENIX, *supra* note 8, at 30. またクラス・アクションについての論考は以下に掲げたとおりである。Nicole Gadbois, *Mass Torts, Bankruptcies and Due Process: Are Class Action Settlements Just A Constitutional Compromise?*, 32 WESTCHESTER B. J. 45 (2006); 32 WESTCHESTER B. J. 45 (2005); Deborah R. Hensler, *Bringing Shutts Into the Future: Rethinking Protection of Future Claimants in Mass Tort Class Actions*, 74 UMKC L. REV. 585 (2006); Francis E. McGovern, *A Proposed Settlement Rule for Mass Torts*, 74 UMKC L. REV. 623 (2006); Seth A. Northrop, *Exporting Environmental Justice by Importing Claimants: The Suitability and Feasibility of the Globalization of Mass Tort Class Actions*, 18 GEO. INT'L ENVTL. L. REV. 779 (2006); Note, *Successor Liability, Mass Tort, and Mandatory-Litigation Class Action*, 118 HARV. L. REV. 2357 (2005); Byron G. Stier, *Jackpot Justice: Verdict Variability and the Mass Tort Class Action*, 80 TEMP. L. REV. 1013 (2007); Sarah-Katherine Adams, *Mass Tort-Class Action Certification-the Unavailability of Class Certification under the Tennessee Consumer Protection Act and the Appropriateness of Class Claims Alleging Common Law Fraud and Misrepresentation in Tennessee*, 76 TENN. L. REV. 491 (2009); Francis E. McGovern, *Class Action in the Gulf South and Beyond: A Model State Mass Tort Settlement Statute*, 80 TUL. L. REV. 1809 (2006); Byron G. Stier, *Resolving the Class Action Crisis: Mass Tort Litigation as Network*, 2005 UTAH L. REV. 863 (2005).

²³ Rosenberg, *supra* note 19, at 393.

²⁴ *Id.* at 393-95.

²⁵ WEINSTEIN, *supra* note 2, at 8.

²⁶ *Id.*

²⁷ *Id.* at 9.

²⁸ *Id.* at 11.

²⁹ *Id.* at 9.

³⁰ *Id.* at 14.

³¹ MULLENIX, *supra* note 8, at 27-28.

³² *Id.* at 28.

³³ PETER H. SCHUCK, *AGENT ORANGE ON TRIAL: MASS TOXIC DISASTERS IN THE COURTS* (Enlarged ed. 1987).

³⁴ MULLENIX, *supra* note 8, at 12.

³⁵ *Id.* at 13.

³⁶ *Id.* 最初の連邦地方裁判所でエージェント・オレンジ訴訟が審問された典型的な事件では、訴訟は 60 数人の個人の訴訟参加者からなっていた。しかし、たちまち地方裁判所におけるエージェント・オレンジ事件の訴訟一覧表だけでも、シングルスペースでおよそ 425 ページの長さとなり、それは 7,300 人以上の個人訴訟参加者からなっており、多くの提示されている文書は、何百ページもの長さがあった。申立書ファイル、聴聞の速記録、裁判所命令、宣誓供述書、およびその事件における他の裁判所文書は、かなり多量であった。

その事件の財政的、人力的要求はましてなおさら驚異的であった。法律事務所のネットワークが有効に使われて組織された原告は、1984 年 5 月までにおよそ 1,500 人に達し、アメリカ国内のあらゆる地域に存在した。その訴訟準備の文書作成のために費やされた費用は、確実に 1,000 万ドルを越え、しかも増加し続けた。結局、彼らの大規模な取り組みの中で、被告が単に正式事実審理の準備をするために何百人もの弁護士と共同のスタッフを利用して、およそ 1 億ドルを費やしたと見積もられてきた。歴史上最大の不法行為に関するこの訴訟は、およそ六年間の訴訟の後、1984 年 5 月に最終的に、和解をもたらした。到達した和解では、信託基金として 1 億 8,000 万ドルの基金を設置し、発生した利子である毎日 4 万ドル以上を基金に加えた。その結果、それは現在総計 2 億ドル以上になっている。裁判所もかなりの出費を、具体的には 200 万ドル以上を集団のメンバーが基金に対して提訴した約 25 万の要求を処理するためのエージェント・オレンジ事件用のコンピュータセンターを創設しなければならなかった。

³⁷ MULLENIX, *supra* note 8, at 12.

³⁸ *Id.*

³⁹ *In re Joint Eastern and Southern District Asbestos Litigation* (Bernadine K. Findley v. Donald M. Blinken), 129 B. R. 710 (1991) (history of Manville

Trust); *In re* Joint Eastern and Southern District Asbestos Litigation (Frank Rummo and Bettv Rummo v. The Celotex Corporation), 726 F. Supp. 426 (1989)(computation damages); *In re* Marc and Kathleen Hinman, Debtors (Citicorp Credit Services, Inc. v. Marc and Kathleen Hinman), 120 B. R. 648 (1990) (class certification); *In re* New York City Asbestos Litigation, 123 B. R. 7 (1990) (joint administration); *In re* Joint Eastern and Southern District Asbestos Litigation, 737 F. Supp. 735 (1990)(Special Master ethics); *In re* Joint Eastern and Southern District Asbestos Litigation (Sarah Jane White v. Eagle-Picher Industries, Inc.), 134 F.R.D. 32(1990)(power over state cases); *In re* Joint Eastern and Southern District Asbestos Litigation, 769 F. Supp. 85 (1991) (consolidation); *In re* Eastern and Southern District Asbestos Litigation, 772 F. Supp. 1380 (1991)(computation of damages); *In re* Joint Eastern and Southern District Asbestos Litigation, 929 F. Supp. 1 (1996)(memorandum to parties on questions for decision after remand).

^{4 0} *In re* DES Cases, 789 F. Supp. 552 (1992)(theories of jurisdiction); *In re* DES Cases, 789 F. Supp. 548 (1992)(market share); Bilello v. Abbott Laboratories, 825 F. Supp. 475 (1993) (lack of disqualification of trial judge); Wind v. Eli Lilly & Co., 814 F. Supp 305 (1993) (remand issues).

^{4 1} MULLENIX, *supra* note 8, at 14-15.

^{4 2} *Id.* at 15.

^{4 3} *Id.*

^{4 4} *Id.* at 14.

^{4 5} Frank M. McClellan, *The Vioxx Litigation: A Critical Look at Trial Tactics: The Tort System, and The Roles of Lawyers in Mass Tort Litigation*, 57 DEPAUL L. REV. 509, 514 (2008).

^{4 6} *Id.*

^{4 7} *Id.*

^{4 8} *Id.*

^{4 9} *Id.*

^{5 0} *Id.*

^{5 1} *Id.* at 514-15.

^{5 2} *Id.* at 515.

^{5 3} *Id.*

^{5 4} *Id.* 2007 年 3 月に実質的な原告側勝訴の評決をもたらした一つの Vioxx 訴訟は、訴訟当事者と弁護士が公的に訴訟開始から繰り返してきた基本的なテーマを

反映していた。つまり、ニュージャージー州アトランティックシティの陪審は、心臓発作を受ける前に、2ヶ月間 Vioxx を服用した 61 歳のフレディリック・ヒューメルストン (Frederick Humelston) の損害賠償に 2,000 万ドルと、懲罰的賠償に 2,750 万ドルを認めた。

⁵⁵ これら訴訟のうち、約 2 万 4,325 の原告団を代理する約 9,200 件は、連邦 MDL にて取り上げられ、約 3,350 の原告団を代理する訴訟約 3,350 万 3,350 件は、ニュージャージー州高等裁判所において調整された訴訟に含まれた。また、2008 年 3 月 31 日時点で、約 12,760 人の原告が、心筋梗塞(MI)または虚血性脳卒中(IS)をもたらす血栓性心血管イベントから生じる傷害の請求について、該当する時効の進行を停止することを求め、メルク社はこれら原告と時効停止合意書を結んだ。(2008 年に予定されている製造物責任訴訟に関する情報については www.merck.com/newsroom/vioxx を参照。) 上記訴訟に加え、2008 年 3 月 31 日現在、2 万 1,000 件を超える原告団の請求が却下または取下げられた。このうち、2,250 件を超える原告団の請求については、原告自身または裁判所により取下げ、または却下された。(再訴不可能)。更に 1 万 8,750 件を超える原告団の請求が却下された(再訴可能)。このうち、1 万 1,800 件の原告団は和解契約時にニュージャージー州高等裁判所において係争中で和解契約により策定されたプログラムに参加する意思を表明した原告を代理していたが、Carol Higbee 判事はこれらの訴訟を管理上の理由から却下した(再訴可能)。)

⁵⁶ McClellan, *supra* note 45, at 515.

⁵⁷ *Id.*

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ *Id.* at 515-16.

⁶⁰ *Id.* at 516.

⁶¹ *Id.*

⁶² *Id.*

⁶³ *Id.*

⁶⁴ *Id.* at 516.

⁶⁵ *Id.* at 509-10.

⁶⁶ 2007 年 11 月 9 日、メルク社は、Vioxx の MDL の原告運営委員会の執行委員会を構成する法律事務所およびニュージャージー州、カリフォルニア州ならびにテキサス州において調整された訴訟の原告側弁護団の代表と、州および連邦裁判所で提訴されていた請求を解決するための契約(「和解契約」)を結んだ。2008 年 3 月 31 日現在、条件に該当する傷害を登録した約 4 万 7,500 人のうち 4 万 5,000 人を超える個人が、米国内でメルク社に対して起こされた州および連邦の請求を

解決するプログラムへの登録に必要な資料の一部または全部を提出した。和解契約に基づき、これら全ての適格な提出資料の処理が完了すれば、このプログラムに以前登録された適格な請求を超えることになる。残りのものについては、まだ適格性が確定されていない。

⁶⁷ McClellan, *supra* note 45, at 510. 最終的に、和解同意書は、調整される手続を試みてきた連邦と州の原告の運営委員会と会社の法律事務所が、心筋梗塞も脳梗塞のどちらも主張する彼らの 100% の依頼人に対して、プログラムへの入会を勧めることが求められると規定する。またこれらの弁護士と法律事務所は、訴訟参加しない原告の代理をし続けることを禁止されている。14 件の訴訟に引き続く和解では、訴訟の進行中、メルク社は、「全ての事件を訴訟すること」を明言し、そして弁護士費用と他の訴訟費用において何百万ドルも支払うことによってその公的訴訟の姿勢を支持した。ところが一方で、公衆衛生へのメルク社の貢献を売り込む大々的な宣伝を続けていた。

⁶⁸ *Id.*

⁶⁹ *Id.*

⁷⁰ *Id.* at 518.

⁷¹ *Id.*

⁷² *Id.*

⁷³ *Id.*

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ *Id.*

⁷⁷ *Id.* at 516.

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ *Id.*

⁸⁰ *Id.*

⁸¹ *Id.* at 525.

⁸² *Id.* at 525-26.

⁸³ *Id.* at 526.

⁸⁴ *Id.*

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ *Id.* さらに、被告側弁護士によって作られた公的な陳述書は、正式事実審理前、正式事実審理中と正式事実審理後にメルク社の戦略と一致している。つまり、「この戦略を実行するメルク社の弁護士の倫理観を評価するために、裁判所へ率直

な命令をする ABA Model Rules Professional Conduct の規則 3.3(a)を熟慮することは、役立っている。この規則は、以下の一部を規定している。『弁護士は故意に、裁判所に事実もしくは法について誤った陳述をしたり、弁護士によって裁判所になされた重要な事実もしくは以前の法について誤った陳述を訂正しなかったり、あるいは弁護士が誤っているのを知っている証拠を示すようなことをしてはならない。』」

88 *Id.* at 527.

89 *Id.*

90 *Id.*

91 *Id.*

92 *Id.*

93 *Id.*

94 *Id.*

95 *Id.* at 528.

96 *Id.*

97 *Id.* at 528-29.

98 *Id.*

99 *Id.*

100 *Id.*

101 *Id.* at 529-30.

102 *Id.* at 530.

103 *Id.*

104 *Id.*

105 しかし、この規則 26(c)は、公への開示の公益性について明確に言及していない。

106 *In re "Agent Orange" Product Liability Litigation*, 104 F. R. D. 559, 576 (1985).

107 竹部晴美「アメリカ民事訴訟におけるディスカバリー制度—保護命令 (protective order)と正当事由(good cause)について—」法と政治 第59巻4号 1023頁 (2009年)。

108 *In re "Agent Orange"*, 104 F.R.D. at 576.

109 *Id.* at 576-77.

110 William G. Childs, *When the Bell Can't Be Unrung: Document Leaks and Protective Orders in Mass Tort Litigation*, 27 REV. LITIG. 565, 577(2008).

111 *Id.*

112 *Id.*

113 *In re "Agent Orange"*, 104 F. D. R. at 580.

114 *Id.*

115 規則は、指名された当事者が通知の 20 日以内に応答することを求め、その期間に当事者か訴訟参加人が文書の秘密性について議論できる。もし当事者が穏便に論争を解決できないならば、指名された当事者は 45 日以内、または当事者間で同意できるならもっと長期に保護命令の申立てを出すことができる。

116 *Id.*

117 *In re "Agent Orange"*, 104 F. R. D. at 563. *See In re "Agent Orange" Product Liability Litigation*, M. D. L. No. 381, slip op.at 7-8 (E. D. N. Y. Jan. 7, 1985). 公正な聴聞の間、アメリカのベトナム退役軍人 (Vietnam Veterans of America, VVA)は、VVA のメンバーである何千もの退役軍人に代わり、および被告および過去 5 年にわたって政府によって提出されたディスカバリー資料の多く(その資料は、現在、さまざまな保護命令に従って封印されている)に対する公的アクセスのために、原告団に対して提出要請を行った。VVA は、申立てに関する訴訟参加人として、その正式事実審理前の命令において当事者によってリスト化される付属書類に関して、少なくとも保護命令を解除するために申立てをしていた。とくに Victor J. Yannacone は、申立てに関する訴訟参加人として彼が代表する数千人の退役軍人に代わって保護命令を解除するための申立ても提起した。その申立てによって、Yannacone 氏は、すべての証言録取と同様にディスカバリーの間、提出されたすべての文書に関して保護命令を解除しようとした。これらの申立てに関してエージェント・オレンジ事件の原告の運営委員会(通称「原告運営委員会」)は、VVA の申立てに賛同して申立書を提起した。

118 *See Nixon v. Warner Communications, Inc.*, 435 U. S. 589, 98 S. Ct. 1306, 55 L. Ed. 2d 570 (1978).

119 *In re "Agent Orange"*, 104 F.R.D. at 564.

120 *Id.*

121 *Id.* at 565.

122 *Id.* at 567.

123 *United States v. Criden*, 648 F. 2d 814(3d Cir. 1981), *on appeal after remand*, 681 F. 2d 919(3d Cir. 1982).

124 *Id.*

125 *See also Joy v. North*, 692 F. 2d 880, 893(2d Cir. 1982), *cert. denied*, 460 U. S. 1051, 103 S.Ct. 1498, 75 L. Ed. 2d 930 (1983).

126 *Seattle Times Co. v. Rhinehart*, 467 U. S. 20, 104 S. Ct. 2199, 81 L. Ed.

2d 17, *on remand*, 98 Wash. 2d 226, 654 P. 2d 673, *cert. denied*, 467 U. S. 1230, 104 S.Ct. 2690, 81 L.Ed.2d 884 (1984).

¹²⁷ *Id.*

¹²⁸ *Id.*

¹²⁹ *In re* “Agent Orange”, 104 F.R.D. at 573.

¹³⁰ *Id.* at 574.

¹³¹ *Id.*

¹³² *Id.* at 576.

¹³³ *Id.* at 577.

¹³⁴ Paul Trapani, *In re Vioxx Products Liability Litigation: Circumventing Due Process Concerns by Allowing Individualization in Sampling Procedures*, 82 TUL. L. REV. 2517(2008) および *In re Vioxx Prods. Liab. Litig.*, 501 F. Supp. 2d 789, 790 (E. D. La. 2007).

¹³⁵ *In re Vioxx*, 501 F. Supp. at 790-91.

¹³⁶ *Id.*

¹³⁷ *Id.*

¹³⁸ *See* Christopher J. Roche, Note, *A Litigation Association Model To Aggregate Mass Tort Claims for Adjudication*, 91 VA. L. REV. 1463, 1502(2005) (quoting *In re Simon II Litig.*, 211 F. R. D. 86, 149 (E. D. N. Y. 2002), *vacated and remanded on other grounds*, 407 F. 3d 125 (2d Cir. 2005)), *See* Laurens Walker & John Monahan, *Sampling Evidence at the Crossroads*, 80 S. CAL. L. REV. 969, 987-88 (2007) (ランダムサンプリングの仕方の方が個別チェックよりもより正確であるとする。)

¹³⁹ *See* Hazelwood Sch. Dist. v. United States, 433 U. S. 299, 313 (1977); *Int'l Bhd. of Teamsters v. United States*, 431 U. S. 324, 337-39 (1977); *Castaneda v. Partida*, 430 U. S. 482, 500-01 (1977).

¹⁴⁰ *See* Processed Plastic Co. v. Warner Commc'ns, Inc., 675 F. 2d 852, 854-55 (7th Cir. 1982).

¹⁴¹ *See* Jason Smith v. Lowe's Home Ctrs., Inc., 236 F.R.D. 354, 357-58 (代表的サンプルについての限定的なディスカバリーも有効であり、当事者も証拠調べのための十分な情報を提供できる、とした。)

¹⁴² *Kaphy Long v. Trans World Airline, Inc.*, 761 F. Supp. 1320, 1329-30 (N. D. Ill 1991).

¹⁴³ *See generally In re Vioxx Prods. Liab. Litig.*, 501 F. Supp. 2d 789, 815-16 (E. D. La. 2007)(特別補助裁判官のレポートを採用した。).

144 *Id.*

145 *Id.*

146 *Id.* at 816.

147 *See id.* at 789; *see also In re Vioxx Prods. Liab. Litig.*, MDL No. 1657, 2006 U. S. App. LEXIS 27587, at 3-7 (5th Cir. 2006) (2,000 件の資料のサンプル規模を検討するという新しい手法は、すべての資料をくまなく検討するよりも適正な手続である、とした)。

148 Trapani, *supra* note 134, at 2528-29.

149 WEINSTEIN, *supra* note 2, at 14.

第5章 E ディスカバリー手続の特徴と問題点

1 はじめに

本章は、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、コンピューターの発展には著しいものがあり、情報と技術の時代は、法を含むあらゆる場で古い情報処理の方法に急速に取って代っている。このことは、証拠の大部分が今日デジタルである場合、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、法そのものと書面による書類作成を中心に訓練されているため、彼らは、今日のコンピューター中心のシステムの中から証拠を捜し出すのに必要な専門的事項について知識は十分とはいえない。

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特許訴訟、製造物責任訴訟、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内に保存されてい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連邦民事訴訟規則の一部が2006年12月1日に改正され、ディスカ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電子メールおよび上のインターネットを重視する新しい文化と相まって、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ESIを順序だてて提示することの圧力を増加させている。

E ディスカバリーに関する厳しい手続の遵守は、国全体の裁判官によって強制され始めており、もはや E ディスカバリーの領域では E S I 情報の取扱い上の「無知」による抗弁は許容されない。すべての訴訟当事者は、訴訟または政府調査に関連する可能性のある E S I の作為的、あるいは偶発的な削除に対しては厳罰に服することになっている。訴訟が提起された後、E S I 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カ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できてなかったり、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カ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 231 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だと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はなく、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としたり、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、紙ベースのディスカ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深刻な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。

本章では、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カバリーにおいて、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、2006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ディスカ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。

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) 2006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2006年4月に連邦最高裁によって承認され、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して改正がおこなわれ、同年12月1日から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）に対してこの問題が最初に提案されたのは1996年であるが、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2000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、2004年2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5月に改正案が発表された。同年8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、2006年2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、2005年6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9月には司法協議会（Judicial Conference）において、2006年4月12日に連邦最高裁で承認され、同年12月1日公布された。⁴

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。⁵

①連邦民事訴訟規則 26(f)では、同規則 26(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、E S I の提出形式など、E S I 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 E S I に合理的にアクセスできるか否かについて、および当該 E S I 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協議することも求められた。⁶

②連邦民事訴訟規則 34(b)では、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 E S I がどのような形式で提出されるべきかの指定が可能となった。文書を提出する当事者が、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旨と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、文書を提出する当事者は、E S I 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には、使用する E S I 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、文書を提出する当事者は、「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 E S I を提出しなければならないとされた。⁷

③連邦民事訴訟規則 26(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、情報が本当に「合理的にアクセスできない」ことを文書提出当事者は、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した。⁸

④連邦民事訴訟規則 37(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。⁹

上記のような内容の連邦民事訴訟規則の2006年改正については、日本でもその内容の概要がいくつか紹介されている。¹⁰ しかしながら本章では、とくに2006年にEディスカバリーの方法が制定法化されなければならなかった理由について、2006年法の改正前に生じていたEディスカバリーの開示方法の問題、および費用負担をめぐっての問題についての代表的判例を見ておきたい。それらを前提に、Eディスカバリーにおける保護命令はどのような機能をもつのかみておく。

(2) 2006年連邦民事訴訟規則の法改正に影響を与えた重要判例

ア 不適切な E ディ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 ディ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2006年改正を促した、とされている事案である。

a 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部門を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、彼のコールマン社に対する支配的権利を、モルガン・スタンレーを通じて、6億5,000万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、サンビーム社の財政的問題を原因として、同社株の価格が急暴落した。そこで、Perelmanの持株会社は、被告によって損害を蒙ったとして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、1997年後半と1998年前半にかけて、サンビーム社の買収について、サンビ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82%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7億5,000万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と交換に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、4億8,500万ドルの損害請求訴訟を提起した。¹¹

モルガン・スタンレーには、2003年5月にコールマン社の訴状、およびディスカバリーのために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、2003年10月、フロリダ州裁判所に従って、関係する電子メールに関し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、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、ディスカバリーの手続の間、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2004年4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36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、1998年2月15日から1998年4月15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29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、2004年5月14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。¹²

そこで、モルガン・スタンレーは2004年5月に、追加分の1,300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、2005年3月23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。

13

2004年11月、モルガン・スタンレーの社外弁護士は、2005年1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。2005年1月21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）に関してははっ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。¹⁴しかし、裁判所によると、モルガン・スタンレーの弁護士は、2005年1月21日の書簡で「今まで通常の時間遅延の戦略に従っていた」と述べていたことが明らかになった。事実審理は2005年2月から始まる予定だった。

b 判決と理由

2005年3月1日、フロリダ州裁判所はモルガン・スタンレーのディスカ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、2004年5月6日以前の時点でモルガン・スタンレーは、1,423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、1998年にさかのぼった電子メールを含む738本の8ミリサイズのバックアップ・テープを2002年にディスカバリーで開示しなかったこと、さらに2004年5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ブ（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ブ・システムで調査されてないデータが存在したこと。第四に、2005年1月における169本のDLTテープについてのデ

ィスカバリーがされていないこと。第五に、2005年2月11日および12日における200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」エラーについてはディスクバリーに注意の欠如があったこと。そして最後に、「スクリプト」エラーについての2005年2月13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7,000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。¹⁵

2005年3月1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、幫助し、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、2005年3月23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が明確になったこと、モルガン・スタンレーは2,000本以上のテープを発見していたが、2004年5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陪審に説示した。そして、裁判所は、「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、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。¹⁶

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。¹⁷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たくなかった。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に同意させようと策略したことを露呈するだろう」とした。¹⁸

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2005年2月の聴聞会以来、明るみに出た23項目について説明した。その項目は、2004年10月までは調査されていないバックアップ・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１０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る。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２００４年６月７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「多数のディスカバリー命令を、故意に、そして反抗的に違反した」との結論を下した。

２００５年２月１４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・スタンレーは、その「弁護士ばかりでなく、従業員たちが、ディスカバリーの濫用に加担していた」のである。¹⁹

裁判所は、「私たちの司法制度はこのような機能してはいけない」²⁰と強調した。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・スタンレーのディ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、２００６年１２月１９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、１００万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い、それらは、あの９月１１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、数年後に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。²¹

c まとめ

モルガン・スタンレーの E ディスカバリー対応の問題点は、関連した E S I を徹底的に検索し提出したという自らの従来の（虚偽の）裁判所に対する説明を取り下げ、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 の電子メール保存ルールに違反していることが露呈するに及んでいっそう明

確になってきた。²² モルガン・スタンレーが特定の電子メールを保管あるい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、同裁判所は、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・スタンレー社とその弁護士は、生じた問題の性質を裁判所とコー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。²³ その結果、事実審理の二週間前に、裁判所によってすでに出されていたモルガン・スタンレーの弁護士に対する制裁としての「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6億400万ドル、および懲罰的損害賠償として8億5,000万ドルを裁定した。²⁴

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。²⁵ E S I 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、その意図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、NYL 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、57人の関連従業員のうちわずか13人分の電子メールの提出しかでき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。²⁶ 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、関連した文書のディスカバリーが遅延したというものである。²⁷

何万件ものバックアップ・テープを含んだコール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カバリーとは異なって、明らかに E S I 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。²⁸

イ E ディスカ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連邦地方裁判所で 2003 年から 2005 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 2006 年改正以前になされたが、事件を続轄した Shira Scheindlin 判事は、E ディスカ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 ディスカ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、ディスカ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。²⁹

a 事実の概要

2002 年 2 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。³⁰

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。そのディスカバリーにおいて被告の UBS 社は、最初に約 100 ページの電子メールを含む約 350 ページの文書を提出し、その文書提出物がディスカ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被告の 4 倍もの約 450 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（deposition）、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。³¹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、³²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。³³

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付け、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、それは修正される必要があるとし、新たに七つの要因テストを示した。それらは、

- 1. 関連情報を発見する要求の範囲
- 2. 他の情報源からの情報の取得可能性
- 3. 紛争の訴額と比較した文書提出の全費用
- 4. 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
- 5. 費用を管理し、それをおこなう各当事者の相対的な能力
- 6. 訴訟で問題となっている争点の重要性、そして
- 7. 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、費用転嫁についての検討を行い、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、サンプルの復元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 1 万 9,003 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、27 万 3,649 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 25% 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の負担を求めた。これに対し、その上で裁判所は、「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。³⁴

b 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、Zubalake 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支払う責任があるとして、UBS に申立ての費用を被告が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削除したと UBS が主張している電子メールのいくつかについては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、保持させ、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、E S I 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において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。³⁵

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を命じられ、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」との説示をおこなった。³⁶ 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。

c 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、電子ディスカ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。その挙げられる主なポイントは、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 データの摘出、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かが問題となったが、この判決を書いた Scheindlin 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 75% について負担するのが妥当だとした。³⁷

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 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、Scheindlin 裁判官は、UBS の ESI 保存義務は、申立てがなされる以前の 2001 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ていた。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。³⁸

したがって Scheindlin 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 1 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をいはしたが、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 E S I が提出されたものであることを主張した。³⁹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 900 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 2,920 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 E S I 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。⁴⁰

3 E ディスカバリーにおける保護命令

(1) 不注意な E S I 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).

E S I 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、E S I のディスカバリー要求に応ずるとき、重要情報の不注意な開示を避けるために、当事者は、保護命令を求める。⁴¹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し立てられる。

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 社事件がある。⁴²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対する原告の応答の際に、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電子化された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かった。被告側弁護人は、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。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、原告側弁護士に、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。そこで原告側弁護士は、文書が特権化されていたものであったが、E S I の破壊エラーが原因で不注意に提出されたものだと主張した。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「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、その分析報告書を待った。被告は原告の申立てに対しいくつかの抗弁をおこなった。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が、保護命令はこの文書には適用できないと主張した。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同じように潜在的な訴訟記録であり、それゆえ原告が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) ⁴³ 申立てにおいてでなければならないとした。⁴⁴

しかし、原告は、被告が裁判所の2007年5月18日付の保護命令に違反したと主張した。なぜなら被告が電子的に不注意に提出した特権的な文書のすべてのコピーを原告が返却または破棄することを拒み、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」にとどまっているため、この文書の不注意な開示に対しては保護命令が適用されるとした。

担当治安判事の Baker (以下、「ベーカー裁判官」とする。) 裁判官は、裁判所は、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ことができると述べた。したがって、不注意で開示した文書を証言録取のために参照することはできないと、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によって、ディスカバリー手続中に不注意な提出をしてしまうというような過ちを当事者が妨げることが許容された。それは、電子ディスカバリーにおける情報の不注意な公表の場合には、特に重要である。それゆえ、本件ではベーカー裁判官は、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参照は制限されるべきであるとした。⁴⁵

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、自分たちの立場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」と主張した。しかし被告がこの主張を保持するために引用した5つの判例のうち、4つについては保護命令に関するものではなく、また保護命令がある判例は本事案に類似したものではなかった。⁴⁶

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、裁判所はこの命令が出された30日以内に以下のことをせよ。(1) 被告は添付書類71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って、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ときには、原告は、同意書を提出すべきである。そして、(4) 原告は、863の特許に関して文書を提出すべきである。」⁴⁷ この判例に示されたように、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 — Capitol Records Inc. v. Noor Alaujan, 2009 U.S. Dist. LEXIS 110626 (D. Mass.).

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いつも問題となる。証拠開示においてもそのようなバランスを取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。法的権限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、著作物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. 事件は、そのような例の一つである。⁴⁸

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、ロサンゼルス地平線に長い間目立っていた。この Capitol Records によって起こされた本件訴訟において、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討するために、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、原告のディ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、プライバシーの侵害の可能性があるとして、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。

ア 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、原告はディスカバリーの目的で、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ー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）⁴⁹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、コンピューター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ーに対してはディスカ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（deposition）において、ゲートウェイのコンピューターは大学でも利用され、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ーを交換し、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ーが使われた、と主張した。

原告は、そのような証拠が、連邦民事訴訟規則26(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範すぎるものであり、被告に過度な負担を課すものとなり、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26(b)に関連性をもつとした。⁵⁰

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カ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。⁵¹ 同時に、裁判所は、原告が蒙った現実の損害と、著作権法のもとで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。これに対して、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して主張し、裁判所はそれに同意した。⁵²

本件での主要な争点は、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ーとの関係が、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・コンピューター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。⁵³

イ 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カ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ーに保存される方法、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現点からは問題点を含むものとなりうるとした。⁵⁴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、無関係な個人情報になり、これらを開示させるのはかなり不適切となる。

55

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するが、ゲートウェイ・コンピューターに関しては棄却された。ゲートウェイ・コンピューター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。そこで、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カバリー手続が連邦控訴裁判所によって規定された。

ウ 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・コンピューター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、コンピューターの科学捜査専門家（以下、「専門家」とする。）を選出すべきである。

第二に、コンピューター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10日以内に、相互に同意する時刻に、被告の弁護士事務所で原告の専門家にゲートウェイ・コンピューター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・コンピューター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ー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。専門家はこの訴訟の終結後60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、それらは開示されるか、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5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ない場合、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。

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、このディスカバリー手続の前に、原告によって提起されなければならない。その許可の後、当事者は10日以内に、面会協議を迅速におこない、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対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。⁵⁶

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

E ディスカバリーの流れ

専門家集団の検討課題

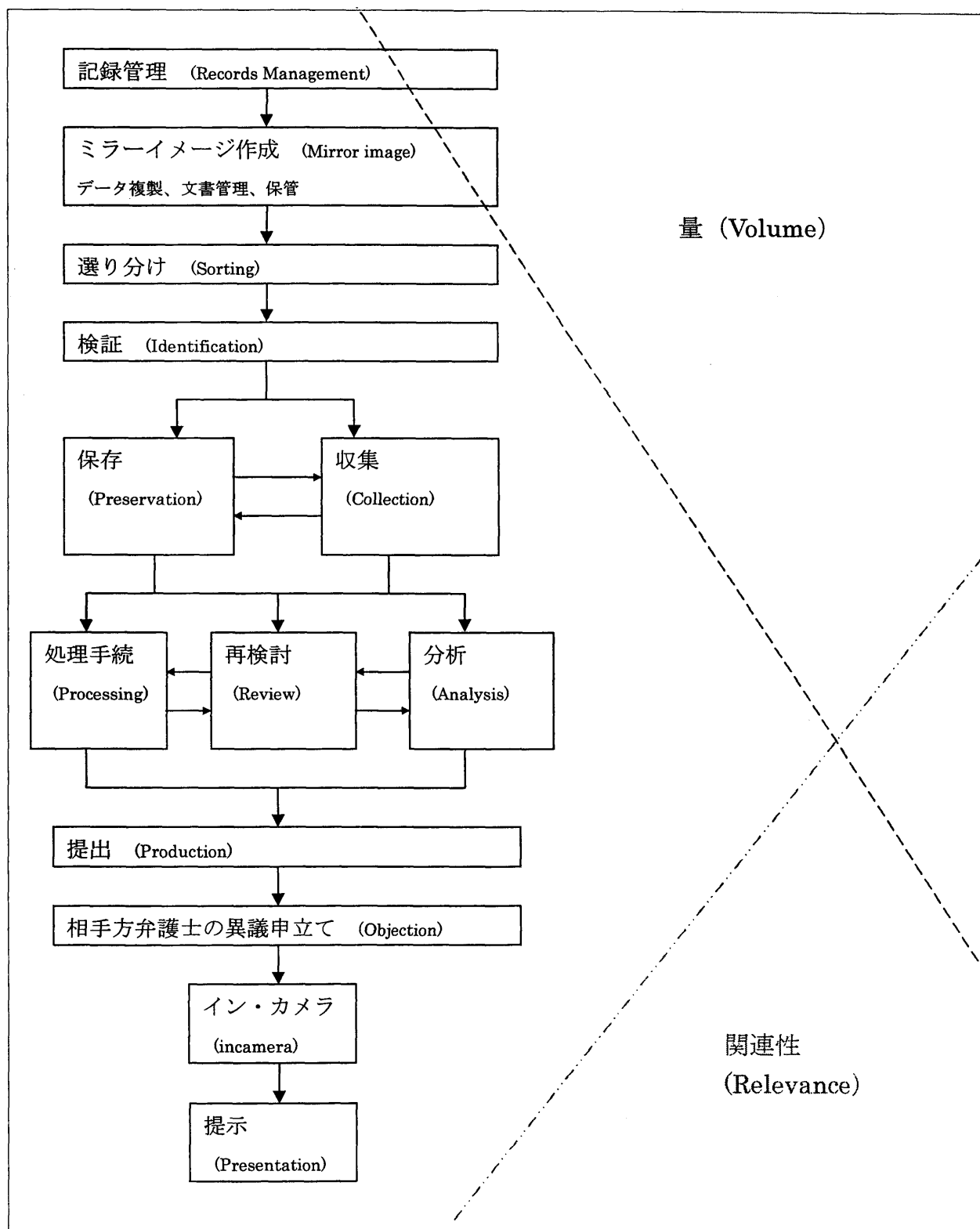


図1が示すのは、ディスカバリー街頭記録に対するミラーイメージが作成されたあとの流れを本判決の示すところに従って整理したものである。右上の車線はディスカバリー検査が進行するに従って、その扱うデータ量が制限してゆくことを示し、右下の車線はディスカバリーの進行に伴って、情報「の事件への関連性が深くなることを示す。

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、個人的な電子情報にアクセスする必要がある場合は、プライバシーの侵害等、種々の問題が生じる。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が譲り渡されることはめったにないため、多くのE S Iディスカバリー紛争では、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、そののち裁判所の介入を通して解決される⁵⁷ことが求められている。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いか、はじめから正確に理解することが重要となる。⁵⁸この点、Eディスカ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。

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って初めて成り立つ。本章で検討してきた判例に明らかなように、紙ベースのディスカバリーに比して、Eディスカバリーでは、何をディスカ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ほかの私的情報と混在して保存されるために、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。この費用を誰がどんなふうに一請求している側か、された側か一分担するののかの問題もある。

本章では、Eディスカ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

図1が示すのは、ディスカバリー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カバリー検査が進行するに従って、その扱うデータ量が制限してゆくことを示し、右下の斜線はディスカ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、個人的な電子情報にアクセスする必要がある場合は、プライバシーの侵害等、種々の問題が生じる。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が譲り渡されることはめったにないため、多くのESIディスカバリー紛争では、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、そののち裁判所の介入を通して解決される⁵⁷ことが求められている。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いか、はじめから正確に理解することが重要となる。⁵⁸この点、Eディスカ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。

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って初めて成り立つ。本章で検討してきた判例に明らかのように、紙ベースのディスカバリーに比して、Eディスカバリーでは、何をディスカ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ほかの私的情報と混在して保存されるために、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。この費用を誰がどんなふうに一請求している側か、された側か一分担するののかの問題もある。

本章では、Eディスカ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 26(c)の保護命令がどのように E ディスカ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 ディスカ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。

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こりうる。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 102 号、2002 年 4 月 1 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 3 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を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こと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。

⁴ E ディスカバリーの連邦民事訴訟規則改正について詳しい論考としては、吉田大助「E・ディ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 34 巻 11 号 1412 頁(2007 年)、また、E ディスカバリーの導入過程についてリチャード・マーカ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して、藤本利一「米国連邦民事訴訟規則における E・ディスカバリー規定の導入とその現状」阪大法学 59 巻 3・4 号 703 頁(2009 年)、ケネス N. ラシュバウム、菊池毅「米国民事訴訟における証拠開示と電子情報(E ディスカバリー)の実務について」国際商事法務 Vol.38, No.10 1340-1349 頁(2010 年)。がある。本稿もこれらの論文を参照した。

⁵ 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 badeveloping 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.

⁶ Fed. R. Civ P 26(f).

⁷ Fed. R. Civ P 34(b). ここでいう「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し、検討する必要がある。これは今後の課題としたい。

⁸ 連邦民事訴訟規則 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).

⁹ 連邦民事訴訟規則 37(f)。連邦民事訴訟規則 37(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 E S I 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、E S I 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 37(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。

¹⁰ 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」NBL 856 号 22 頁(2007 年)、Liane 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 54 巻 10 号 38 頁 (2009 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 59 巻 4 号 (2009 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 26 条(b)項, 連邦証拠規則 502 条」アメリカ法 2009-2 号 433 頁 (2010 年)、「米国ディスカバリー手続の方途実務—米国民事訴訟における開示手続—」国際商事法務 Vol.38, No.10 1405 頁(2010 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。

¹¹ *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 House 2009) (2009).

¹² *Morgan Stanley Co.*, 2005 Extra LEXIS at 6.

¹³ *Id.*

¹⁴ *Id.* at 12.

¹⁵ *Id.* at 15.

¹⁶ *Id.* at 18.

¹⁷ *Id.* at 16.

¹⁸ *Id.* at 18.

¹⁹ *Id.* at 23.

²⁰ *Id.* at 31.

²¹ *See* BRECHER, *supra* note 11, at 5.

^{2 2} *Id.*

^{2 3} *Id.* at 6.

^{2 4} *Id.*

^{2 5} *Id.*

^{2 6} *Id.* at 6-7.

^{2 7} *Id.* at 6.

^{2 8} *Id.* at 8.

^{2 9} *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.

^{3 0} *See also* BRECHER, *supra* note 11, at 4.

^{3 1} *Id.*

^{3 2} Rowe Entertainment v. The William Morris Agency, 205 F.R.D. 421 (S.D.N.Y. 2002). 本件の原告は、アフリカ系アメリカ人のコンサートの主催者であり、彼は、被告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、エンターテイン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、被告たちの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・テープに存在していたため、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 26(c)の「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カバリー要求に応じることができるものと期待することができる。」「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。

³³ Zubulake, 217 F.R.D. at 323.

³⁴ *Id.* at 324.

³⁵ *Id.*

³⁶ *See* BRECHER, *supra* note 11, at 4.

³⁷ *Id.*

³⁸ *Id.*

³⁹ *Id.* at 5.

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ 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カバリー制度—保護命令 (protective order) とその正当事由 (good cause) について」法と政治 第 59 巻第 4 号 119 頁 (2009 年) 参照。

⁴² Alcon Manufacturing, Ltd. v. Apotex Inc., 2008 U.S. Dist. LEXIS 96630 (S.D. Ind. 2008).

⁴³ *Id.* at 9. モーション・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 43 巻第 4 号 361-384 頁 (1992 年) 参照。

⁴⁴ *Id.* at 10-11. この特許訴訟はいくつかのディスカバリー問題を提起している。そして、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 502 条、および保護命令の下での争点を検討することを要求する。裁判所は 2008 年 9 月 26 日にこれらの事項に関して聴聞会を開いた。そして、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 863 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。[事件記録簿 91、92]。

2007 年 5 月 18 日、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にまたは間違っ 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そのような提出物は、そのような要求、または弁護士 - 依頼人特権、またはワーク・プロダクトの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、不注意にまたは間違っ て提出した物がある場合には、そのディ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 3 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ィ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ものとする。

⁴⁵ *Id.* at 29-30.

⁴⁶ *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章についてのみ認められらが、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. Whitaker, 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) (回収条項をもつ保護命令について言及せず。).

⁴⁷ *Apotex Inc.*, 2008 U.S. Dist. at 29-30.

⁴⁸ *Cpital Records Inc. v. Noor Alaujan*, 2009 U.S. Dist. LEXIS (D.Mass. 2009).

⁴⁹ *Id.* at 12-13. ミラーイメージとは、複製を作る、つまりリアルタイムにコピーを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。

⁵⁰ *Id.* at 10-11.

⁵¹ *Id.* at 10, and also see *Ameriwood Industries, Inc. v. Liberman*, 2006 WL 3825291 at 4 (E.D.Mo.2006). (「被告が企業機密をコンピューターヘダウンロードしたという主張は、原告の主張とコンピューター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。」)

⁵² *Id.* at 11. 裁判所は、連邦民事訴訟規則 34 および 26(b)のもとで当事者のハードディスクのミラーイメージングを命じるための権限をもつ。(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).)

⁵³ *Id.* at 16, see also *Ameriwood Industries*, 2006 WL 3825291; *Arista Records, Inc. v. Tschirhart*, Case No. 05-CA03720G, slip opinion. (W.D.Tex. Jan. 25, 2006). (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ている。)

⁵⁴ *Id.* at 12. See Decl. of Dr. Doug Jacobson, Exh. F to Pl. Opp. to Protective Order (document # 682-2).

⁵⁵ *Id.* see also *Ameriwood Industries*, 2006 WL 3825291 at 1 (E.D.Mo.2006).

⁵⁶ *Id.* at 14. これら 9 つの段階については、see *id.* at 13-6.

⁵⁷ この点、2008 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、ひとつの情報源になる。その第 2031.030 条は、電子情報開示請求の形式の概要を規定する。この規定は、コンピューターへの効果的なアクセス方法を定めている。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採らせるための「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リフォルニア法第 2031.060 条は、その点のガイダンスを規定している。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。それは、求められている項目が訴訟に関連するかどうか、従うために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。

58 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ないまま、面会協議を提案する。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 3.724 (8)(E)は、特権的な文書を有しており、それらを回収 (claw back) する手続を認めている。2008 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。」。

第6章 国際的なディスカバリーの問題

1 問題意識—国際的Eディスカバリーの問題

Eディスカバリーの問題は、アメリカ国内の訴訟の問題に留まらない。それは、独禁法の域外適用だけでなく、近時の特許紛争のように、国境を越えた訴訟においても問題となる。

現在の国際取引の状況は、コミュニケーション技術の進歩によってグローバル経済が加速することが特徴的であるといえる。その場合、Eディスカバリーの問題はかなり複雑な問題を生み出す。とくにコミュニケーションが国境を越えて行われるような法律行為を含む訴訟に関しては、混乱を引き起こす可能性がある。

さらにEディスカバリーの対象が複数言語でデータが書かれている国際的な場合にはもっと問題となる。例えば、アメリカにおいて提訴された訴訟に関連して、訴訟当事者が非英語圏の他の国々の相手方からESIを収集し、それを検討できる範囲などについて複雑な問題が生じる。まず、翻訳はどうか、何語でおこなうのか、それらについては、どのように非開示のための保護命令が認められるか、あるいは各々の国の国内法規との抵触はどう解決するのか、などがたちまち問題となる。これまでは一般的にそのような争点を解決する場合には、国際的な法的原則が利用されてきた。¹しかし、現在の国際法原則はESIを考慮して立案されてこなかったし、その規則は電子証拠の適正な取扱いを反映するための変更がまだ加えられていない。²

たとえば、提出できるESIとその保護についても、世界の多くの国々においては、データ内の例えばプライバシーにかかわる部分は基本的人権に基づく個人情報保護という法的構成がとられている。しかし、アメリカにおける個人情報概念は、これよりやや狭く、個人情報という場合、個人の医療記録の情報、社会保険番号および銀行口座情報のような特定のカテゴリーが考えられ、その他はもっぱらプライバシー権の問題として扱われる。欧州経済地域(EU)加盟国いくつかの先進国においては、個人情報の概念は、アメリカよりはるかに広範であり、個人を認識する広範な情報を含む。これらの個人情報は、アメリカにおけるよりもはるかにより広範に受け入れられている。そのような場合、ESIの情報開示はアメリカ国内ほど自由に進むことは期待しにくい。また、個人データの範囲やその「処理」について国家間で異なる法制度や概念があるときは、国際的なEディスカバリーの困難な問題の一因となる。³

さらに、アメリカにおけるE S Iデータの処理のあり方は、一般的に一つの形態からもう一つの形態へデータを変える(例えば電子回路から別なハードディスクへ、あるいは紙へ)か、またはデータの検索条件を追加、もしくは再検索するというE S I対応の技術的対策が中心となる。これとは対照的に、いくつかの国々における処理では、それに加えてE S Iを収集すること、保存すること、準備することおよび移動させることに関して、これらのデータ保護に関する国々の個別法規はその違反については別途、刑法等で刑罰と金銭的な制裁を課すことが立法化されている。言い換えれば、データの処理さえ禁止する国々においては、アメリカの弁護士は、訴訟に用いるためにそれを検討するか、それらをアメリカに移動させることさえ妨げられる。また、個人情報として電子メールの発信者または受取人の識別の保護を含む国では、アメリカの訴訟制度が求めるものと、そのような国際的プライバシー保護体制とが本質的に対立してくることになりそうなのは容易に理解できる。

この点について、今までのアメリカの連邦裁判所の態度は、一方で楽観的であり、強引でもある。国際紛争に直面すると、大多数のアメリカの裁判所は、訴訟に対する外国のデータの重要性、文書提出要求の特定性の程度、情報がアメリカに元々あったものかどうか、情報を得るために代替手段が存在するかどうか、どの程度非開示がアメリカまたは情報が求められている外国の利益を損なうかについての範囲、そしてディスカバリーに反対している当事者の法的遵守と誠実性を含み、さまざまな要因を争点としてアメリカ法の枠内で扱ってきた。⁴しかし、連邦裁判所は、他国の情報提出に関するブロック(阻止)制定法があっても、連邦民事訴訟規則に勝るものではないと信じ、判決し続けている。なぜなら問題となっているディスカバリーがその範囲において制限されるのは許されないことであるし、何よりもアメリカが訴訟の結果に対して重大な利益を有していると考えられているからである。

国境を越えるディスカバリーの争点を規定する国の法律を特定することは、簡単ではない。とくに電子証拠は新しい挑戦を提示する。なぜならそれは多くの場所に「存在する」からである。例えば、電子メールは、A国の従業員のコンピューターに、B国のサーバーに、C国の第二のサーバーに、D国の個人に関する持ち運び用のデバイス(装置)に、そして、E国のこれらの個人の会社本社内に、全てに同時に存在することが可能である。これらの国々の各々のデータ保護についての法律は、個別に検討する必要がある。たとえば個人情報をアメリカに移送する必要がある訴訟の場合に関する一つの解決策は、「民事あるいは商業問題における司法及び司法外書類の海外への送達に関するハーグ条約第10a条」⁵を行使することを裁判所に求めることである。ハーグ条約は、裁判所の管轄の中で関連する証拠を収集する際に、ある国の裁判所が他の国の

裁判所から支援を要求することができる場合に、一連の手続を確立した。この点、連邦裁判所も、当事者が外国のデータを得ようとし、また得るためにはハーグ条約を用いなければならないと判決している。しかしながら、他方で、それぞれの国の制定法を上手に行使する可能性はの問題は別問題である。というのも、多くの他国は、それらが外国の裁判地で訴訟に関する情報についてのディスカバリーを許容しないとすでに宣言しているからである。⁶特に国民の安全が開示を許可することによって危険にさらされると国家が感じる場合には、国家に対して要求に従う義務もない。

このようにE S Iのディスカバリーに関連を巡る国際的問題は一層多様であり、また複雑な問題を生む。そのような例が次に示す判例である。

2 国際的ディスカバリーが問題となった事例

ドイツ国内での民事訴訟において当事者でないものの有する文書のディスカバリーをアメリカの連邦地裁に認めさせた事例—***In re Application of Gemeinshchftspraxis Dr. Med. Schottdorf for an Order Directing the Production of Certain Documents to Assist a Foreign Tribunal Pursuant to 28 U.S.C. § 1782, 2006 U.S. Dist. LEXIS 94161 (2006)***

本件は、外国（ドイツ）での民事訴訟に関連して、一方当事者がアメリカの連邦地裁にドイツで開示しなかった情報についての開示を、ディスカバリーの一環として求めた事例である。連邦地裁は、当該訴訟において、ドイツでの訴訟に関わっているドイツ人の訴訟当事者は、（１）アメリカに存在しない文書であり、（２）現在実際に彼らが訴訟中のドイツの裁判所からでは入手できない文書であっても提出命令をアメリカの裁判所から獲得できると結論づけた。

ア 事実の概要

a 当事者の関係

本訴の原告のスコットドルフはドイツの研究医で医学症状に関する分析研究所を運営しており、その研究成果に対しては、ドイツの Kassenärztliche Bundesvereinigung（以下「連邦協会」とする。）の一員である医師協会（以

下「医師会」とする。)によって報酬が支払われている。ところが、1999年に、医師会の特別委員と健康保険会社は、この研究所に支払う報酬額を20%引き下げた(以下、「20%ルール」とする)。この20%ルールはニューヨーク州に本社を構える国際的なコンサルティング会社であるマッケンジーの助言に基づくものであった。マッケンジーは、ドイツにおいてドイツ語で準備をした報告書において明記された報酬の引き下げは、規模の経済(economy of scale)によって正当化されたとした(以下、「マッケンジー報告」とする)。

b ドイツでの訴訟

(i) 社会裁判所での訴訟

まず、原告のスコットドルフは、20%ルールはドイツ法の下においてはスコットドルフの平等保護の権利を侵害していると主張し、いくつかの訴訟をドイツの社会裁判所に提起した(Gemeinschaftspraxis Dr. Med. Bernd Schottdorf U.S. v. Kassenarzliche Vereinigung Bayerns Wegan Honorarbescheid fur das Quartal III/99(「社会裁判所の訴訟」))。その手続において、社会裁判所は、連邦協会が20%ルールの根拠となったマッケンジーの役割に関していくつかの質問に答える準備をすることを要求した。

これに対し、連邦協会は、研究所の改善策はマッケンジーの意見だったと認めた。しかし、マッケンジー報告は、マッケンジーの知的財産に関係しており、また開示制限を受けているためマッケンジーから直接的に要求されるべきである、とした。しかし、社会裁判所は、マッケンジー報告については、連邦協会にもマッケンジーにも要求せず20%ルールを維持する決定を出した。裁判所は、連邦協会によって決定された報酬予定を再検討するためには、評価委員会がその規制権限を上回っていたとか、原告の報酬の損失については医師がマイノリティであったとかの理由による評価権限の濫用でないかぎり介入できないとした。

(ii) デュッセルドルフ地裁での訴訟

スコットドルフは、他方でデュッセルドルフにあるドイツ地方裁判所(以下「デュッセルドルフ地裁」とする。)でマッケンジーに対して別個の訴訟(以下「デュッセルドルフ訴訟」とする。)を提起した。このデュッセルドルフ訴訟の本質は、マッケンジー報告を手に入れるためのディスカバリー請求のためだけであった。しかし、デュッセルドルフ地裁は、スコットドルフの主張した危害にマッケンジーは責任があるという決定を出すには、いくつかの実行可能な

不法行為要件が欠けているとして訴訟を却下した。スコットドルフは、上訴社会裁判所に控訴し、そこで、アメリカのマッケンジーの文書の入手がどうしても必要だと判断し、アメリカの連邦地裁にその提出を命じるように求めた。スコットドルフは以下の物の提出命令を求めた。それらは、①「マッケンジーに従って作り出された報告、分析結果、メモ書きまたはその他の文書そして／または〔連邦協会〕によるその保有に関連するものと〔20%ルール〕について連邦協会の発布に関係するもの」、そして②「マッケンジーが一般的に依存した連邦協会のために参考にした上記のいずれかの文書」、および③「連邦協会またはその代表者との相互通信は20%ルールの拠点もしくは論理的根拠または上記の参考にされたサービスのための連邦協会によるマッケンジーの保有に関係しているもの。」であった。⁷

c アメリカでの訴訟

スコットドルフは、ドイツにおいて利用できる方法は使い尽くしていたのであるが、2006年8月15日に、ニューヨーク南部地区連邦裁判所(United States District Court for the Southern District of New York. 以下「連邦地裁」とする。)にマッケンジー報告の文書提出を求める申立てを行った。その根拠は、28 U.S.C. § 1782 (a) (外国裁判所や国際裁判所の援助とそのような裁判所における訴訟当事者への援助) である。

28 U.S.C. § 1782 (a)は以下のように規定する。

(a)ある者が居住するまたは存在する地区の地方裁判所は、形式的な起訴以前に行われた刑事取り調べを含む外国のまたは国際裁判所での手続に使用するために証拠または証言を与えること、もしくは文書またはその他の物の提出をその者に命令できる。その命令は、関係者の申立てにもとづいてあるいは要求された書簡に従ってなされ、裁判所によって任命された者の面前において外国のもしくは国際的な裁判所によって、与えられた証拠または陳述もしくは提出された文書またはその他の物について開示される。この任命によって任命された者は、必要な宣誓をおこなわせ、また証拠や証言を獲得する権限を持っている。この命令は、外国のもしくは国際的な裁判所の実務と手続の全体において、もしくは一部において、その運用と手続を指示することができ、またそれによって証言または陳述を獲得したり、文書または他の物の提出をさせる。とくに命令が指示しない場合には、連邦民事訴訟規則にしたがって、証言または陳述がなされ、文書または他の物の提出がおこなわれる。

イ 争点

まず、28 U.S.C. § 1782 の下でディスカバリーの要求について連邦地方裁判所は原告の要求を叶えるための権限を有するかどうか、および、もしそうであるならば、地方裁判所はその要求を実現するための裁量権を行使すべきかどうかである。

ウ 考察

連邦地裁は、28 U.S.C. § 1782 の権限行使は、以下の場合可能であるとする。まず、①その者もしくは実在する者からのディスカバリーは、その地域に居住する、または実在する場合であること、②ディスカバリーは、外国の裁判所の手続で使われるためである場合、そして③その申込みが外国の裁判所または国際裁判所、または「利害関係のある者」によってなされる場合である。⁸もしこれらの条件が満たされるならば、裁判所はそのときに、何かその援助の範囲かどうかに関して、その決定権を行使しなければならない。

連邦地裁は、スコットドルフの 28 U.S.C. § 1782 申請には、制定法の明らかな要素の全てが備わっているとして、援助を許可するための権限を与えられているとした。すなわち、まず、マッケンジー社はニューヨークにその本部を置いているので、この地区の中に「実在」するし、さらに要求されたディスカバリーは外国の裁判所すなわち上訴社会裁判所で使用するために求められている。しかもスコットドルフはその手続において「利害関係をもった者」である。

スコットドルフの要求が認められたことについてマッケンジーは、当該裁判所の一方的な命令と文書提出を無効にし、訴えの取下げを求める申立てをした。その理由は、①当該の文書は合衆国の外で存在していたのだから 28 U.S.C. § 1782 の適用はない、②提出(production)したとしても、当該文書をドイツ語の話せないアメリカの弁護士に再検討させるためにはドイツ語から英語に翻訳しなければならないため、その提出は過度な負担になる、というものだった。

連邦地裁は、これらのマッケンジーの主張を却下し、2007年1月31日に提出することを命令した。つまり裁判所は当該事件において、ドイツでの訴訟に関わっているドイツ人の訴訟当事者は、①アメリカに存在しない文書、そして②現在実際に彼らが訴訟中のドイツの裁判所からは手に入れることのできない文書であっても、アメリカの会社に提出することを要求する命令をアメリカの裁判所から獲得できると結論づけた。28 U.S.C. § 1782 の下での連邦地裁の権限について、連邦最高裁判所は、これまで四つの自由裁量の要因を確認した。それらは、①ディスカバリーを求められている者が外国の手続において当事者かどうか、②外国の裁判所の性質、外国で進行中の訴訟の特徴、および

外国政府、裁判所または機関の連邦裁判所の裁判上の援助への受容力、③28 U.S.C. § 1782 (a)の要求が、外国の証拠収集範囲を回避するための試み、または外国もしくはアメリカ合衆国のその他の方策を隠匿するものであるかどうか、そして、④ディスカバリー要求が、過度に立ち入っており、または耐え難い負担になるかどうかであるという。⁹

この点の本連邦地裁の考察は、以下のとおりである。

第一の自由裁量の要因は、ディスカバリーを求められる当事者が論争中の外国の訴訟の当事者であるかどうかである。論争中の外国の訴訟は、マッケンジーが当事者でも参加者でもない社会裁判所の訴訟である。マッケンジーは別個のデュッセルドルフ訴訟の当事者であるけれど、それはスコットドルフが 28 U.S.C. § 1782 の下でディスカバリーを求めている〔外国の訴訟〕ではない。それにもかかわらず、マッケンジーは、アメリカの援助を必要とする外国の裁判所の必要性を強調するあまり、そのような援助を求めている利害関係者を無視している。ディスカバリーの目標が当事者でないときは、外国の裁判所は、第三者に強制的にディスカバリーをさせること、または第三者の秘密制限のある文書の提出を強制的にさせることはしたくないと思われる。

第二の自由裁量の要因は、外国の政府またはその裁判所の米国の連邦裁判所の援助の受容力に関係する。それは、①アメリカの裁判所の援助が外国の感情を害するかどうかであり、要求した文書が外国の裁判所で認められる証拠かどうかである。たとえば、もし外国の裁判所が、連邦地裁がディスカバリーを命令することによってその境界を越えたと考えるならば、その裁判所は単に発見された文書を排除するまたは軽視することを選ぶかもしれない。

実際にもしドイツの上訴社会裁判所が、アメリカの援助に反対するならば、その裁判所は単に証拠から発見された文書を排除することを選ぶかもしれないのである。¹⁰したがって第二の自由裁量の要因もまた要求されたディスカバリーを許可することに賛成して評価している。

第三の自由裁量の要因は、外国の証拠収集の制約またはその他外国の政策を回避するための手段として、28 U.S.C. § 1782 の濫用から保護することを目的としている。ここでマッケンジーはドイツ法の下では証拠収集の制約はないことを指摘する。むしろマッケンジーは、その報告の提出自体が、ドイツ法の下で強要されることができたと主張している。しかし社会裁判所とデュッセルドルフ裁判所の両方によってその主張は見送られた。なぜなら文書は社会裁判所での訴訟の決定に関しては関係性も必要性もなかったからである。

確かにスコットドルフの要求する 28 U.S.C. § 1782 の適用は、外国でおこなうことのできなかったディスカバリーを実施する最後の理由付けである。しかしそれは 28 U.S.C. § 1782 の「許されない」使用ではない。なぜならそれ

はまさに、制定法が予定する援助の種類だからである。¹¹ 社会裁判所の訴訟で証拠として使用できるであろうという善意 (good faith) の信念を持っているがゆえにスコットドルフがディスカバリーを求めていると思われる。つまりスコットドルフ側に少しも悪意 (bad faith) がないので、連邦地裁は、単に 28 U.S.C. § 1782 の援助申立て自体を否定的な裁量の要因として評価したくない、とした。¹²

四番目の、そして最後の要因について、連邦地裁は、スコットドルフのディスカバリー要求が過度に押し付けがましいものであるか、または負担になるかどうか考慮しなければならないとした。連邦地裁は、スコットドルフのディスカバリー要求は、訴訟の争点について十分に調整されたように見えるとした。「文書自体は外国（ドイツ）に存在していたという事実は、それ自体、はほとんど関係ない。というのも、それらは容易にニューヨークにあるマッケンジー本社へ送ることができる（あるいは、おそらくは電子的にアクセスできる）であろうからである。」とした。そしてマッケンジーは、この点につき反論していない。

裁判所はさらに、「そのような文書の提出は、過度に押し付けがましいものであるという懸念も、適切な守秘義務の合意によって是正することができる。もし当事者が自分達だけでそのような合意に達することができないならば、裁判所は進んで援助し、援助する準備が整っている」、という。¹³

最後に連邦地裁は、これら文書の提出によってマッケンジーのアメリカ合衆国のドイツ語のできない弁護士によってチェックできるように文書がドイツ語から英語に翻訳されなければならないことになり、これらは提出が過度に負担になるものだというマッケンジーの主張を却下した。それは、まずもって連邦地裁は、マッケンジーは提出を予定している文書の量がどれくらいかということを示していないのであるから、この負担の程度がどの程度になるか深く考える立場にはないとした。

いずれにしても、マッケンジーの要求されたディスカバリーへの戦略的なアプローチは、全体として非提出を合理化できるような証明の種類ではない。提出された文書が外国の訴訟と関連して使われるであろうということを前提としている 28 U.S.C. § 1782 の適用は、しばしば外国語の文書の提出要請を含むことになるからである、そのような言語の相違は避けられない。またそれは両当事者に更なる出費を課すことになるかもしれない。

しかしながら、これらの付加的な負担は「不当」というものではない。しかも、本件のように、アメリカで文書を翻訳し、チェックするということは選択の問題であって、それをディスカバリーを妨げる要素として用いることはできない。以上のように裁判所は判断の理由を示した。

エ 判旨

以上述べた理由から、28 U.S.C. § 1782 に基づく命令を無効にするためのマッケンジーの申立ては拒否する。適切な守秘義務に関する双方の同意の下で、求められた文書は2007年1月31日に提出しなければならない。連邦地裁は、ディスカバリーにおいて連邦裁判所の援助が必要であるという場合には当事者への利用可能性は残されていると判断する。

オ 本判例の意義

本判決は、28 U.S.C. § 1782 に依拠して外国での民事訴訟において一定の要件を満たせばアメリカの裁判所の命令を介して、外国においてもディスカバリーを求めることができるとした点で興味深い。しかも本件で文書提出を命じられているのは、外国の訴訟における当事者ではなく訴訟当事者に重要な情報を提供したアメリカのコンサルティング会社である点も注目すべき点である。

アメリカの連邦裁判所が、自国の企業が外国（ドイツ）でおこなったビジネス上のアドバイスの内容について外国（ドイツ）での訴訟の証拠となるように提出することを命じたわけであるから、日本人や日本企業を巻き込む民事訴訟においてアメリカ企業のかかわりとその関連文書とその他の物が訴訟に必要であれば、当事者はその会社の本社のある州の連邦地裁に文書開示命令を求めることができることになる。ディスカバリーの効果が外国の民事裁判においても現れるわけである。つまり、諸条件が整えば、特定の文書を手に入れるためだけにアメリカで訴訟を起こすことができ、その手に入れた文書を証拠として日本の訴訟に持ち込むことも理論的には可能となる。日本にはアメリカのディスカバリー制度に類似した「文書提出命令」規定はあるが、その提出（production）の対象物に除外を認めている（日本民事訴訟法220条4号）が、その枠を超えた文書提出がアメリカの連邦裁判所を通して起こることを予感させる判決であり注目に値する。

¹ ALLISON BRECHER & SHAWNNA CHILDRESS, E DISCOVERY PLAIN & SIMPLE 92 (Auther House 2009) (2009).

² *Id.* 2008 年秋に、Sedona 原則 - 国際的な E ディスカバリー、データのプライバシー及び開示要件の概要が公表され、この点の変化が喚起されている。

³ *See* BRECHER *supra* note 1, at 93.

⁴ *Id.* at 94.

⁵ Article 10a of the Hague Convention on the Service Abroad of Judicial and Extrajudicial Documents in Civil or Commercial Matters. 但し、日本政府は10a 条を批准しはしたが、「証拠に関するハーグ条約」(Hague Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters)に参加していない。アメリカ政府は、訴訟に使用する目的で日本において証拠を取得することを容易にするために日本政府に対し同条約に参加することを勧告している。

⁶ *See* BRECHER *supra* note 1, at 96.

⁷ *In re* Application of Gemeinshchftspraxis Dr. Med. Schottdorf for an Order Directing the Production of Certain Documents to Assist a Foreign Tribunal Pursuant to 28 U.S.C. § 1782, 2006 U.S. Dist. LEXIS 94161 26 (2006).

⁸ *Id.* at 12-13.

⁹ *Intel Corp. v. Advanced Micro Devices Inc.*, 542 U.S. 241, 124 S. Ct. 2466, 159 L. Ed.2d 355 (2004); *accord In re* Application of Microsoft Corp., 428 F. Supp. 2d. 188, 192-93(S.D.N.Y.2006); *In re* Grupo Qumma, 2005 U.S. Dist LEXIS 6898, 2005 WL 937486 at 1 を引用。

¹⁰ 2006 U.S. Dist. LEXIS 94161 at 24.

¹¹ *Id.* at 25.

¹² *Id.* at 26.

¹³ *Id.*

第6章 むすび

1 本論文では、アメリカ合衆国の民事訴訟手続における証拠開示の方法であるディスカバリー制度について検討をおこなった。特に、そのなかでも、保護命令（protective order）という裁判所の介入によって証拠開示の有無を決定する手続について、その機能、構造および問題点を中心に分析をすすめた。

本論文で考察したアメリカ民事訴訟手続におけるディスカバリー手続は、正式事実審理前の段階において、訴訟当事者が当該事件に関係する情報を互いに提出し合うという証拠開示の制度であり、その対象範囲の広範さが特徴の一つである。本論文で中心的な考察を行った「保護命令」は、アメリカ合衆国連邦民事訴訟規則 26(c) で、ディスカバリーが「訴訟当事者あるいは人物を困惑させ、当惑させ、圧迫または不当な負担を負わせたり、不当な出費から保護するため」であれば、正当事由(good cause) を裁判所に示すことで不当と思われる開示請求から訴訟当事者を守ることができるとしている。この保護命令を通して、裁判所には、ディスカバリーの内容や方法をコントロールするための裁量権が与えられており、当事者主義を貫徹するアメリカの法制度なかでも特徴的なものである。

そこで、問題提起に続く第2章では、ディスカバリー制度の目的と非開示特権として、弁護士－依頼人間のコミュニケーション等を非開示にすることができる「弁護士－依頼人特権」(attorney-client privilege) と弁護士が準備した書類等を非開示にできる、「ワーク・プロダクト」(work product) について紹介し、それぞれの問題点が表れた判例を取り上げた。ディスカバリー手続は、両訴訟当事者が、本案事件に関するものであれば、原則的にそれらすべてを公正に提出しあう制度であるが、当該訴訟に関係するものは全て開示するとは言っても、その例外として非開示特権が存在する。これらが具体的にディスカバリーの濫用への一定の歯止めとなっていることと、このような権利や特権の存在が訴訟の公正さを保障していることを明らかにした。

第3章では、保護命令の意義と機能について述べ、その要件となる正当事由とは何を指すのか、多くの判例を用いて一定の指針の分析をした。ディスカバリーによる開示情報がプライバシーや営業機密を含む時にはその開示によって被る損害は、本案事件の以上となる可能性もある。ディスカバリーによる開示があまりにも負担の重いものであれば、それ自体が訴訟の公正さを疑わせることになる。そこで連邦民事訴訟規則は、「保護命令」を裁判所に求めることで、そのような情報の保護が図られることを「正当事由」の明確な立証を条件として認めている。正当事由の意味や範囲については、判例の集積によって検

討を重ねることが求められるが、本章では、その指針となる判例研究の中で、裁判所は、開示される情報を裁判のために獲得する利益と、それが開示されることによる不利益の比較考量によって考察されていることを明らかにした。

第4章では、Mass Torts（大規模不法行為）訴訟におけるディスカバリー手続について、焦点を当てた。第3章までは、訴訟当事者がある程度対等で、一対一の訴訟を念頭に置いてきたが、ここでは一方当事者があらゆる州に、何百、何千人とおり、相手方当事者が、会社や国を含むような場合は、どのようにディスカバリーがおこなわれているのか検討した。Mass Torts では、被害者の範囲の確定、多岐に渡る法的論点、複雑でまた立証が容易でない因果関係などの問題を避けて通ることが出来ず、さらに被害者の救済のあり方や実効性ある差止めの実施など、典型的な不法行為訴訟とは異なった法的アプローチを考えなくてはならないという点に特徴がある。Mass Torts 訴訟においても、当事者の資力や能力に著しい差異がある場合でも、証拠の開示が全面的に行われるとするならば、訴訟に対する不公平感(unfairness)を生ずることなく、多少なりとも民事訴訟における公平性(fairness)を貫徹できると思われる。筆者はそのような点に問題関心を持ち、Mass Torts における適正なディスカバリーのあり方についての解明を、アメリカの訴訟制度の観点から検討し、このような訴訟では、裁判所の主導的イニシアティヴ（たとえば担当裁判官の公平な裁判を実現するためのディスカバリーの工夫の努力）、が大変重要なことを示した。

最後に、第5章では、ディスカバリー手続のなかでも、近年特に問題となっている E ディスカバリーについて検討をおこなった。というのも、民事訴訟に関する手続を定めた連邦民事訴訟規則の一部が2006年12月1日に改正され、ディスカ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, ESI）に関する規定が整備され、ディスカバリーの対象範囲が格段に広範となった。この点、書類を目で見ても対象となる情報を見つけ出すという従来のディスカバリーに比べ、電子情報の性質上、検索を機械で行うことで、ディスカバリーが容易になったという意見がある。他方で、その対象物を検索する際に、他の情報の取り扱い、つまり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について疑問も生じる。特に、電子情報は、包括的な提出が義務付けられるため、気付かないままに遺漏した個人情報や営業機密をどのようにリカバリーするかについて、ここでも「保護命令」が重要な役割を果たすことを明らかにした。

なお、補論として、国際民事紛争におけるディスカバリーの持つ問題点を提示した。今後国際間における民事証拠開示の問題の検討が不可避であると思われるためである。参考に、ドイツでの訴訟でアメリカの企業に対して求められ

たディスカバリーの具体的裁判例を紹介した。

2 本論文では、アメリカのディスカバリー制度について、もっぱら保護命令を中心に、主要な判例を分析しながら検討してきたが、このような考察は日本の民事訴訟手続における証拠開示制度の改革にも資するところがあるのではないかと考えている。

というのも、日本企業にとって、アメリカ市場は重要な経済活動の場であり、多くの日本企業はアメリカと貿易を行ない、商取引を営んでいる。そのため日本企業がアメリカ国内の裁判所で訴訟を起こされることも必然的に多くなる。その際、多くの日本企業は日本の民事証拠開示制度に比べ、開示対象やその範囲が比較にならないほど広範囲なアメリカのディスカバリー制度に戸惑うことが多いと思われる。戸惑うだけではなく、ディスカバリーについての情報不足があるためその準備や対応に遅れ、あるいは重要情報を破棄したり、不必要なものまでを提出することで結果として敗訴や不利益な和解に合意せざるを得ない状況があると思われる。そうであるならば、ディスカバリーについて日本企業がそれなりの対応をしてアメリカでの訴訟に挑むという姿勢を取ることができれば、ディスカバリー制度そのものに対する日本側からの否定的、消極的イメージは払拭され、むしろ日本企業にとっても強みになるとも考えられる。しかし、問題は、このような日本企業側のディスカバリー制度に対する姿勢の転換ですべて解決するというものではない。

この点、第1章のはじめで提起した私自身の問題関心である日本の民事訴訟手続における証拠開示の在り方とその改革の必要性につき、比較の観点からみると、アメリカのディスカバリー制度の検討を重ねる中で、日本の文書提出命令などの証拠開示の制度には限界があるのではないかと思うようになった。

まず第一に、日本の証拠開示制度は、たとえば、民事訴訟法は文書提出義務を謳いながら、例えば民事訴訟法220条4号において「提出する必要のないもの」についての列挙がなされている。このことは、不利益な情報は「隠したほうが得」という日本の文化に根強い考え方を助長することになると思われる。

¹ アメリカではディスカバリーの効果として、隠匿した際の制裁が厳しく、日本のような考え方を日本企業がアメリカで訴訟提起された場合に持ち込むと、敗訴することはもちろんのこと、過大な制裁が課せられるし、また、刑事罰の対象となる。第二に、日本の文書提出命令は、当事者がいかにして情報を提出しないようにできるかをより可能にする構成になっているのではないだろうか。たとえば民事訴訟法220条4号口は、「公務員の職務上の秘密」に該当する場合は開示拒否できるとしている。しかし、何が「公務員の職務上の秘密」かは幅広い概念である。実際には、「その提出により公共の利益を害し、

公務の遂行に著しい支障をきたすおそれがある」という基準があるが、これがどのような場合かについて、学説は、「その文書の記載内容からみて、そのおそれの存在することが具体的に認められることが必要だとし、公務の遂行に著しい支障をきたすおそれがあるかどうかの判断は、公務秘密文書の提出による真実発見などの訴訟上の利益との比較衡量の上、決められる」と解している。しかし実際には、対象となった公務所や監督官庁の意見から、その「おそれ」について認められる具体的な立証または意見が述べられないまま「公務の遂行に著しい支障をきたすおそれが存在しないとは言えない」とされ、非開示を正当化させてしまうことになる。²

3 むしろ、民事訴訟法では、真実発見という目的を重んじ、当該事件に関係する証拠はすべて提出し、提出証拠の中に訴訟当事者はプライバシーの侵害であったり、企業機密に係るような情報についてのみ、その提出を免除することができるとするのが本来のあり方であるし、訴訟の公正さ(fairness)を実現することにもなる。したがって、原則的に関連証拠は全開示という姿勢での日本の民事訴訟法の改正は急務だと思われる。³

¹ たとえば、日本振興銀行の銀行法違反（検査忌避）事件では、金融庁の検査時に銀行の責任者によって業務メールが削除されたことが問題となった。「振興銀側、不良債権隠ぺいか一破綻先への融資回収」京都新聞、2010年7月14日付記事。

² 東京高裁、平成19年（ラ）第1551号、平成20年2月19日決定を簡単に紹介したいと思う。

まず事件の概要であるが、本案事件は、海上自衛隊所有の護衛艦「たちかぜ」に勤務していた甲山次郎が自殺し、次郎の両親が申立人となり国と乙川一男（本案事件の被告）に対し、次郎の自殺の原因は乙川の私的制裁であったとし、国には安全配慮義務違反、国賠法1条1項、同法2条1項に基づき、乙川に対しては不法行為責任を問い、それぞれに損害賠償請求したものである。この本案事件に関して原審原告は、相手方に対し、「たちかぜ」内で次郎へ、乙川らが私的制裁を加えていたこと等を証明するために、民事訴訟法220条4号に基づき、いわゆる公務文書について一連の資料の提出を求めたものである。原審横浜地裁は、求められた一部の公文書は民事訴訟法220条4号ロに該当するとして申立てを却下し、他については部分的な提出を認めた。これを受け、東京高裁は原決定を一部変更した。東京高裁は、平成15年・16年度護衛艦「たちかぜ」訓育実施記録の所見欄については、所見欄の記載が公にされることになると、その記載に当

てはまる隊員らは、爾後、きたんのない意見を所見欄に記載することができなくなる恐れがあり、今後の隊員の訓育という公務の遂行に著しい死傷が出る恐れが具体的にあるという根拠により、民事訴訟法 220 条 4 号ロに該当するために非開示とし、懲戒処分等報告書についても、本案事件における乙 2 号証において開示されている対象者、処分程度及び違反事実の部分以外に関して、これらの情報が開示されると、以後隊員らが個人情報の提供を躊躇するなど、円滑な人事管理という公務の遂行に著しい死傷が生じる恐れが具体的に認められるという根拠で、民事訴訟法 220 条 4 号ロに該当するために非開示とし、「護衛艦『たちかぜ』の一般事故調査結果について」及び同別冊「一般事故調査結果」の本案事件において開示された甲 17 号証以外については、これが公開されると防衛省・自衛隊の任務の効果的な遂行に支障を生じさせる恐れがあり、ひいては国の安全が害される恐れがあるとの防衛大臣の意見に相当の理由があると認めるに足りないとはいえないという根拠で民事訴訟法 220 条 4 号ロに該当するために非開示とした。

本件については、竹部晴美「損害賠償請求訴訟において公務所への文書提出命令が申し立てられた事例―自衛隊員の自殺にかかる国の保有する文書に関する原審決定に対する抗告事件決定について―」 法と政治 第 61 巻第 1・2 号 93-121 頁 (2010)、にて詳しく紹介している。

³ 日本の実務法曹の間では、証拠開示制度の改正をめぐって、新たな動きがあることを触れておく。2010 年 7 月 10 日に大阪弁護士会で行われた、第 24 回司法シンポジウムのプレシンポジウムでは、「民事裁判の改革」と題し、アクセスの拡充と証拠収集手続の拡充について議論がなされた。

本論文と関連する証拠収集手続の拡充については、(1) 文書提出命令の改正 (2) 当事者照会制度の改正 (3) 弁護士会紹介の改正 (4) 陳述録取制度の創設が議論された。(1) の文書提出命令の改正では、第一に文書提出義務に関する規定のうち、自己使用文書及び刑事関係文書の除外規定を削除し、新たに、個人の重大なプライバシーにかかる文書及び弁護士と依頼者の協議に関する文書を除外すること、第二に文書の特定申し立ての要件を緩和すること、第三に営業秘密または個人の重大な秘密が含まれる文書について、秘密保持命令制度を導入するというものであり、(2) の当事者照会制度の改正では、民事訴訟法 163 条の当事者照会制度の利用が盛んでないことから、同法 163 条を改正し、まず相手方の所持する文書の表示及び趣旨を紹介事項に含めるように規定し、さらに回答義務を明確に規定し、文書の写しの送付制度を規定すること、回答を拒絶する場合にはその理由を通知することを義務付けることにし、さらに裁判所が関与して回答等を促す制度と、回答等の不当な拒絶に対してサンクションを設けることにした。次に (3) の弁護士会紹介 (弁護士法 23 条の 2) の改正では、まず報告義

務を明記し、報告を拒絶した場合には日弁連に対し、報告拒絶等についての正当な事由の有無について審査を求めることができる都市、日弁連が、正当な事由が無いと判断したときには、報告すべきことを勧告できることにした。そして（４）の陳述録取制度の創設では、アメリカの証言録取手続（deposition）を導入することを考えている。（大阪弁護士会にて行われた第 24 回司法シンポジウムプレシ
ンポジウム「民事裁判の改革」における配布資料を参照。）

このように、一部ではあるがアメリカの情報開示制度の導入に向けて日本弁護士会も検討を重ねており、アメリカの制度紹介には大きな意味があるといえよう。しかし、この改正案も現行民事訴訟法の付け足しの議論であるのには変わりない。日本の民事訴訟手続における証拠開示制度は、明らかに遅れており、このままでは経済活動への影響も大きくなるばかりだというのは、繰り返し触れているところである。そこで、私は、抜本的な改革をすべく、他方で、全世界共通の証拠開示制度を作ってはどうかと考える。このような議論は過去にも起こっていたが、再度検討する時期が来たように思う。この点についても、今後の課題とし、以後研究を重ねていきたい。

最後に、今後注目すべき日本の判例として、神戸地裁がジャーナリストの田原総一郎氏に取材内容を録音したテープの提出を命じた事案である。本地裁は、田原氏側がテープの内容の一部を文書で提出したことを受け、「秘密保持の利益を放棄した」とし、田原氏側は決定の取り消しを求め大阪高裁に即時抗告した。（朝日新聞、2010 年 11 月 25 日付け記事、33 面掲載。）