OUKA
The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	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
Author(s)	藤本, 利一
Citation	阪大法学. 2009, 59(3,4), p. 241-266
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/55175
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

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

藤本利一

はじめに

今日、電子情報を訴訟上どのように取り扱うべきか、という世界的に共通の問題が存在する。ＩＴに関係する技術の加速度的発展により、訴訟運営の電子化を肯定的にとらえる動きもあり、注目に値する。(1) 基本的な方向性として、電子化それ自体は避けがたいものであろうが、電子化が進むことによって、民事訴訟の審理にどのような未来が約束されているのかは、まだよく分からない。おそらくは、そのもたらす果実とともに、負の側面をも併せて認識しつつ、粘り強く検討し、絶え間なく改善していくことが必要になるものと考える。こうした作業を進めていくことで、いずれはあるべきところに収斂するのであろう。

そこで、本稿では、こうした問題を考える一つのきっかけとして、先頃米国連邦民事訴訟規則（以下では、「連邦民訴規則」という。）に規定されたE−ディスカバリーの実情とその問題点をリチャード・マーカス教授へのインタビュー(2)におけるご示唆とそのご論考をもとに、紹介し、検討することを目的とする。

（阪大法学）59（3•4-241）703〔2009.11〕

しかし、本号における紙幅の都合上、E-ディスカバリーに関する連邦民訴規則の構造や具体的な論点に関連する裁判例等を詳細に検討することは行わない。また、E-ディスカバリーは、連邦民訴規則にとどまらず、州法でも問題となるし、連邦民訴規則に対するローカル・ルールによる修正や、国際民事訴訟での取扱い等も問題となるが、本稿の対象とはしない。さらに、すでに蓄積されている日本法の文献や業績については、基本的に言及しないことをお断りしておく。

以下においては、まず米国におけるE-ディスカバリーに関する連邦民訴規則改正の経緯を概観した後、E-ディスカバリー導入の社会への影響を参照し、その後、連邦民訴規則改正の評価と今後の進むべき方向性に関するマーカス教授の分析を紹介する。そのうえで、この分野における日本法研究への意義について、若干のコメントを加える。

Ⅰ　ディスカバリーをめぐる連邦民事訴訟規則改正とE-ディスカバリーの登場

まず、ここでは、過去一〇年間、E-ディスカバリーに関して連邦民訴規則改正の議論がどのように推移したかを確認する。わずか一〇年ではあるが、それが米国連邦民訴規則におけるE-ディスカバリーの歴史であるとされるため[3]、一定の価値はあろう。

1　ディスカバリーの興隆とその影響[4]

背景として重要なことを以下に確認しておく。現在のような強力なディスカバリーが認められるようになったのは、アメリカの訴訟においても、それほど古い時代ではないということである[5]。Stephen N. Subrin教授がかつて指摘されたように、一九三〇年代における連邦民訴規則における広範なディスカバリー手続の採用は、まさに革命で

あり、他のどの地域にも見られないものであった。[6] 当時定められたルールが厳格なものではなかったため、七〇年頃には、ディスカバリー全盛の時代といわれるようになっていた。ほとんどの州がこうした連邦の動きに追随し、連邦民訴規則を反映する規則を採用したり、または州固有の規則のもとでディスカバリー手続を拡充した。しかし、このことは、当事者主義的運用の開示手続を知らない他の国々に、さまざまな反応を引き起こしたともいわれている。[7]

米国において、ディスカバリー手続の拡充が社会的に問題となった背景には、裁判所に対して救済を求める前提として、実体法の整備、拡充が進んだことがある。一九三〇年代以降、アメリカの実体法は急速に発展し、裁判所での救済を求める機会が拡大された。たとえば、一九四七年に、最初の連邦証券詐欺訴訟が提起され、[8] 五〇年代と六〇年代には、製造物責任法が制定され、全米に広まっていった。[9] 連邦議会と州議会は、さまざまな根拠に基づいて、私人による訴訟を通じて救済を実現する方法を多数採用したのである。[10] これらの変革は、ディスカバリー手続の重要性を拡大した。また、同様に、技術の発展もディスカバリーの重要性拡大に貢献したといわれており、たとえば、五〇年代から六〇年代にかけての複写機の登場と普及は、ディスカバリーにとって、きわめて重要な事柄であったとされる。[11] このように、米国における証拠収集方法の拡充は、実体法の発展、すなわち裁判所による私人への救済の拡大とともに、革新的な技術の登場に影響を受けてきた、ということが理解できる。

2 ディスカバリーを抑制する動き

米国におけるディスカバリーの運用に対する批判的な動きが時を同じくして生じたことに異論はない。[12] 一連の連邦民訴規則改正の動きがそれを明らかにしている。この改正における、基本的な方向性は、ディスカバリーを封じ込め、かつ制限するものであった。[13] たとえば、一九八三年改正における、この努力は、連邦民訴規則二六条(b)(2)(c)

に結実した。また、これは一六条(b)と同条(c)への同年の改正とともに、ディスカバリー手続に対する裁判所の管理の拡大を引き起こしたとされる。[14] さらに、それは、連邦民訴規則一一条と二六条(g)の修正を生んだ。これらの改革は、弁護士がディスカバリーにおける訴訟戦略の正当性を明らかにすることを求めるものであった。一九九三年になされた改正は、こうした努力を補強するものであって、連邦民訴規則二六条(f)、二六条(d)、二六条(a)がそれに該当するとされる。[15]

こうした努力にもかかわらず、ディスカバリーに対する懸念はなくならなかったため、[16] 一九九六年に設置された民事規則諮問委員会によるディスカバリー改革プロジェクトが立ち上げられた。[17] このプロジェクトは、その委員会委員長であった第四巡回区連邦控訴裁判所判事 Paul Niemeyer により推進されたが、[18] その重要な特徴の一つは、ディスカバリーのさらなる改革のためにさまざまな知見を得るべく、実務家から意見を聴取することにあった。[19] こうして、意見聴取のために、経験豊富な弁護士が招集されたが、多くの弁護士が同意したのは、ディスカバリー手続において、裁判所による管理ないし監督が必要であるということであった。[20]

この一連の会議において、E-ディスカバリーが新たな問題として指摘された。[21] 一九九七年初めに始まった弁護士会とのこの意見聴取の機会において、ディスカバリーにおける真の難問が電子メールをめぐるものであるとの指摘が多数の弁護士から寄せられたのである。その結果、ディスカバリー改革プロジェクトから生まれた種々の改正ルールに、E-ディスカバリーに関する諸規定が含まれていないことが明らかとなったとき、失望が生まれたといわれる。

3　E-ディスカバリー問題の登場

しかしながら、その時点の連邦民訴規則改正において、E-ディスカバリーに関する諸問題を取り上げることは

困難であった。[22] これらの問題はあまりに新しく、かつ、当時技術の発展が急速であったため、換言すれば、技術の成熟性がまだ不十分であったため、活発に討議されはしたが、誰もそれらを解決するためになすべきことについて具体的なアイデアを持ち合わせていなかったのである。[23] その結果、二〇〇六年の連邦民訴規則改正においては、E-ディスカバリーに関連する諸規定を導入しないことが決定した。[24]

しかしながら、二〇〇〇年の連邦民訴規則改正が終わると、ふたたび関心はE-ディスカバリーに向けられるようになった。二〇〇〇年一月に、諮問委員会のNiemeyer委員長とマーカス教授は、ＡＢＡ訴訟部局の会合に参加し、E-ディスカバリーに関して意見交換を行った。[25] その会合において、E-ディスカバリーに関心のある複数の弁護士から、以下の二点が主張された。

第一に、電子メールやコンピューター等に保存されている電子情報をE-ディスカバリーの対象とするルールを連邦民訴規則に盛り込んでほしいということ。[26] これは、訴訟対応リスクに鑑み、電子情報の管理を依頼者である企業に徹底してほしいにもかかわらず、なかなか依頼者自身にこの点を真剣に考えてもらえないことによる。もっとも、後述する米国実業界におけるE-ディスカバリーの影響を見れば、すでに現在では、企業の対応が大きく変化していることがわかる。この意見を述べた弁護士の願いは叶ったということであろう。

第二に、多くの弁護士から、E-ディスカバリーについて「何をすればよいかを教えてほしい」といわれたようである。[27] 要は、情報の保存方法や開示対象などについて、諮問委員会がE-ディスカバリーに関する詳細なプロトコルを規定してほしいということであった。たとえば、E-ディスカバリーを扱うコンピューターソフトを指定し、全米で統一するだけでも、弁護士にとってはありがたいことである。しかし、そうならないことは明らかであろう。E-ディスカバリーを扱うコンピューターのプログラムは市場に流通する商品であり、諮問委員会が、仮に技術的な

知識を十分に有していたとしても、特定の製品を推薦することはできない。また、これらの製品は絶えず改善されていくものであり、規則改正には数年かかることを考えれば、その時点で指定した商品は、数年後、改正された規則が発効する時点で、古いものとなっているからである。

4　E-ディスカバリーへの対応

一方、E-ディスカバリーの更なる研究は継続的になされ、その成果が二〇〇〇年一〇月の会議[28]で公表された[29]。この会議では、二〇〇六年改正と一致する一連の領域が検討されていた。二〇〇六年改正で取り上げられた諸問題とは、(1)E-ディスカバリーの論点に関する早期の討議を命じる連邦民訴規則二六条(f)を改正したこと、(2)裁判所の命令がない限り、不開示の電子情報を提出する義務を、相手方当事者に課さないこと、(3)電子情報の保存方法、(4)E-ディスカバリーの費用負担、(5)秘匿特権の放棄に関する諸問題への対応、である[30]。この二〇〇〇年の会議でも、結局、E-ディスカバリーに関連する連邦民訴規則制定は見送られた。時期尚早ということである。

二年ほどのブランクの後、二〇〇二年九月に、諮問委員会は、全米から選抜されたおよそ二五〇名の弁護士に、E-ディスカバリーに関する規則制定を行うべきかどうかを尋ねる書面を送付し、回答を求めた[31]。送付された書面には、その時点までの委員会の作業状況と規則制定をすべき領域が、概括的にまとめられていた[32]。

委員会は、その後、二〇〇三年にE-ディスカバリーに関する規則改正について真剣な検討を始め、二〇〇四年八月に、改正案の要綱案を作成した。この要綱案は、最終的には、二〇〇六年一二月一日に発効することとなったが、次のような諸規定によって構成されていた。まず、(1)連邦民訴規則二六条(f)：とくに電子情報の提出方法と保存方法に関する早期の会議を定めたもの、(2)三四条(b)：提出方法を定めたもの、(3)二六条(b)：アクセス可能性の問題を取り上げるもの、(4)三七条：電子情報の喪失について、制裁を限定づけるもの、最後に(5)二六条(b)(5)：秘匿特権に

かかわるとされる情報が提示されたケースを処理するためのプロトコルに関するもの、である。[33]

5　E-ディスカバリーに関する連邦民訴規則の特徴

ここで、E-ディスカバリーに関して制定された連邦民訴規則の諸規定の特徴をマーカス教授の分析に従い確認しておく。

(1)当事者双方の合意が重視されていること。[34]提出の形式や情報の保存にかかわるさまざまな質問に対して回答を命じるのではなく、連邦民訴規則は、当事者に、それらの問題について協議することを求めている。

(2)裁判所の監督が重視されていること。[35]E-ディスカバリーが問題にされた一〇年前から、この点は指摘されていた。両当事者が争点について合意できないとき、連邦民訴規則は、裁判所の判断を尊重するよう定めている。

(3)詳細な命令規定を持たないこと。[36]何をするべきかについて明確なルールを望んでいた弁護士には残念であるが、連邦民訴規則にはそのようなルールは存しない。諮問委員の知識は限られたものであり、将来の技術発展を予見することは難しいと考えたからである。たとえば、連邦民訴規則二六条(b)(2)(B)のもとで、特定の電子情報が入手可能かどうかは、技術の進歩によって、容易に変化し得ると指摘されている。

(4)手続開始段階におけるE-ディスカバリーの実施を重視していること。[37]たとえば、連邦民訴規則二六条(f)に基づく早期の会議において、一方の当事者が事前に充分に準備したE-ディスカバリーに関する提案を相手方に拒絶されても、その後、裁判官の判断を仰ぐ局面においては、そうした準備が説得材料として有利に働くのである。

(5)連邦民訴規則改正は、プラグマティズムに基づいてなされていること。[38]ディスカバリーを本質的に善か悪か、といった二分論で認識する人もいるようであるが、連邦民訴手続におけるディスカバリーの目的は、あくまでも、必要な情報へのアクセスを訴訟当事者に保障することにある。すなわち、E-ディスカバリーに関する連邦民訴規

則の諸規定は、具体的な事案において、情報の収集に関する負担をどのように分配すれば合理的か、ということに関するルールを提供することを目的としているのである。

6　小括

一九三〇年代になされたディスカバリーの拡充は、その後、他国をも巻き込む大いなるインパクトを持ったものであった。ディスカバリーの歴史は、こうした広く緩やかに認められるディスカバリー手続を裁判所の監督の下でコントロールしようという反動でもあった。もっとも、その背後には、実体法の整備による裁判所の果たす役割の拡大、そして、革新的な技術の発展が関係していたことには注意が必要である。E-ディスカバリーは、こうした流れのなかで新たに生じた問題である。やっかいであったのは、E-ディスカバリーに関連する諸規定の整備が実現するには、たんに法理論的な探求が深化することでは足りず、ITに関する技術的発展を待たねばならなかったということである。そして、何より、現場の弁護士や裁判官から、E-ディスカバリーの導入が主張されていたことも同じく重要である。今次の連邦民訴規則改正が、実務にニーズのあるものであり、かつ、その現場の意見を適切に汲み上げながらなされた改正であったことは、記憶にととどめ置くべき事であろう。しかし、連邦民訴規則のもとで実現したE-ディスカバリー規制のスキームは、既存のディスカバリーのスキームに目新しいものを付け加えるものではなさそうにも思われる。個別具体的なルールを詳細には規定せず、手続の早期における両当事者の合意を尊重しつつ、最終的には裁判所の監督ないし判断によって処理するものだからである。結局のところ、弁護士がE-ディスカバリーに際し「何をなすべきか」という質問に対して、連邦民訴規則は単純な計算式の答えのようなものを用意していないともいえるのである。(39)

II　E―ディスカバリー導入の影響

E−ディスカバリーが導入されたことによって、どのような影響が民事裁判実務に及んだかについて、ここで概観しておく。注目すべきは、E−ディスカバリーの導入が、法曹界のみならず、一般のマスコミにも取り上げられる題材になっていると言うことである。[40] 以下では、E−ディスカバリー、ないし、電子情報の訴訟利用が米国の社会に与えた影響を、実業界、法曹界ないし直接的には法律事務所や弁護士、そして電子情報の訴訟利用をサポートするベンダーに起きた事象を踏まえて確認する。

1　実業界に生じた影響

米国の実業界は、もともと、電子情報が訴訟上どのように取り扱われ、それが自らにどのような影響を及ぼすのか、ということについて、あまり自覚していなかったようである。その意味で、E−ディスカバリーの重要性は、当初、正しく認識されていなかったとの指摘もある。たとえば、U.S. v. Microsoft 事件において、マイクロソフト社は、会社内部の電子メールが反トラスト訴訟の資料として利用に供されるということを予見していなかったとされる。[41] この事件は、電子情報が社会の注目を集めた初めての事件であった。

しかしながら、その後、米国の実業界は、E−ディスカバリーの重要性に気づき始めた。その端緒となったもので、かつまた、現在も重視される電子情報媒体に、電子メールがある。一般に、電子情報には、正式に書面化される場合よりも、多くの情報が保存されることになる。たとえば、正式の文書ではなく、電子メールを利用して社内でやりとりされる情報には、業務に関連する事以外にも、幅広い情報が蓄積されている可能性がある。そのため、こうした情報が法廷に持ち出された場合、当該企業に不利な影響の生じることが少なからずあると思われる。すなわち、

職場でのハラスメントが訴訟で争われる際に、ハラスメントを受けたと主張する者と、ハラスメントを行ったと主張される者との関わり合いを判断する材料として、問題となった時期の一連の電子メールのやりとりが重要な情報となり得る。事前に会社内部での調査・判断において、ハラスメントがないとしていれば、その後、当該企業自体も、電子情報を活用した訴訟で管理責任等を追及される可能性が生じる。

もともと、米国において、会社自体、電子メールを管理することの意識は高くなかったといわれる。しかし、訴訟対応の問題などから、その重要性が認識されるようになった。初期の頃の対応としては、電子メールの取扱いに関する研修を従業員に施そうとしたようであるが、あまり実効的ではなかったとされている(42)。

電子メールの使用方法について、従業員に対する研修や教育による事前規制が功を奏さないのであれば、会社にとっては、その電子情報の保管をどうするか、という問題に直面することになる(43)。たとえば、こういった仲裁事件の例が報告されている(44)。ある会社が、9・11事件によって、メール・サーバーが破壊されたため、問題とされた従業員の電子メール・データは会社に残っていないと述べたところ、その後、虚偽の陳述であることが発覚した。その結果、当該会社は、虚偽の陳述の責任を問われることを避けるために、一二五〇万ドルを支払うことになった。電子メールは、会社の別のサーバーや従業員個人のパソコンに残されていたのであった。

こうした電子メール情報の管理保全の問題から、二〇〇六年中頃には、電子メールの送り手の設定によって、一定時間経過後、その送信したメールが自動的に消滅するという新しいサービスが紹介されるようになった(45)。その背後には、保険会社が被保険者となる会社の電子情報の管理や訴訟対応を問題とするようになったことがあるともいわれる。

近時、会社は、自社の従業員がしていることを監視する方法として、インターネットの閲覧履歴や電子メールの

履歴情報を活用している。二〇〇一年に、米国にある会社のおよそ四分の三が、従業員によるインターネットの使用履歴をチェックし、かつ従業員の電子メールを探査しているとの報告がある。[46] こうした調査をサポートするために、「秘密裏に探索する」ソフトも開発されている。[47] こうした会社の対応は、会社が従業員の行動を監視することに失敗すれば、それ自身が職場でのハラスメントや類似の請求について、責任を負わされる可能性が生じるからである。それゆえ、電子情報の訴訟利用は、会社の行動を規律する一つの契機となっているのである。

2　法律事務所や弁護士に生じた影響

まず最初に確認しておくべきことは、多数の法律事務所が、事務所内部に、E-ディスカバリー対応の専門的な部署を設けるようになった、ということであろう。[48] こうした動きは、法律事務所の生き残りのために必要なことであったといわれている。すなわち、「E-ディスカバリーに対応する能力の欠如を理由として、顧問先である会社の多くがその顧問先を変更した。」からである。[49]

しかし、それ以上に問題となるのは、弁護士に求められる能力や法的知識が、技術の発展とともに、変化を余儀なくされているということである。[50] 反対に、こうした変化に対応できなければ、弁護過誤の問題を生じるおそれがあると思われる。[51] これは、訴訟リスクに対応した電子情報の管理・保存について、依頼者に助言をする場合に生じる問題である。[52]

また、E-ディスカバリーは、法律事務所の組織のあり方にも影響を及ぼしたといわれる。たとえば、シカゴにあるMcDermott, Will & Emery法律事務所では、新しい弁護士の類型を生み出そうとしていた。[53] E-ディスカバリーにおいて劇的に生じる単純作業の量を委ねるには、一般のアソシエイト弁護士の給与は高すぎるため、こうした作業に専従する終身雇用形態のアソシエイト弁護士が必要となったからである。E-ディスカバリーによって、こう

した新しい弁護士層が誕生する可能性が生じている。

E-ディスカバリーによって、アソシエイト弁護士による文書の精査のあり方も大きく変化しているようである。以前は、勤務先から離れた顧客のオフィスの一角で、ハードコピーの文書をチェックしていたが、今や、勤務先にあるコンピューターのモニターの前で仕事をすることができるようになった。[54]

こうした変化によって、米国の法律事務所等はその仕事の一部を外部化しようと考え始めている。たとえば、二〇〇八年一月付けの報道で、E-ディスカバリーの増大により、サンフランシスコに拠点を置くDel Monte Foodsは、訴訟に関する単純労働を外部化することを真剣に考え始めたとされている。[55] また、同年二月付けの別の記事によれば、ワシントンに拠点を置くHowrey法律事務所は、訴訟に関連する文書管理を行うため、インドにオフィスを開設した。[56]

3　ベンダーの興隆

E-ディスカバリーに対応した部署を設置するなど、法律事務所は、その作業の内部化を企図しているようにも見えるが、その一方で、E-ディスカバリー対応のサポートを謳うベンダーの重要性が増している。[57] このことは、法律事務所ないし弁護士の業務の独立性そのものに大きな影響を与える。すなわち、ベンダーのサポート無しに、日々の仕事をこなすことができなくなるということである。E-ディスカバリーへの対応をサポートするベンダーの存在が注目を集めるようになったのは、今から数年前のことであったとされるが、現在それは重要な存在となっている。ある予測によれば、二〇〇九年一年間に、その業界の経済規模は四〇億ドルを超えるといわれている。[58]

こうした状況から、弁護士にとって、ベンダーを利用するか否か、利用するとしてどのベンダーを選ぶかということは、必要とされる新しい専門スキルの一つになっている。というのも、ベンダーの選択に失敗すると、自分の

仕事に支障が生じるからである。[59]

一方で、ベンダー側からの売り込みも激しさを増しているようである。法律事務所や弁護士は、ベンダーからのしつこいくらいの売り込みや、際限のない電子メールの送信にさらされており、それは海でサメに囲まれている状況にあるとも比喩されている。[60]

問題は、このようなベンダーが自己の業務にとって本当に必要なのか、ということである。[61]このことを疑問視し、安易に外部の専門家に頼ることをせず、パラリーガルを再教育し、E-ディスカバリーへの対応を事務所内部で実現しようという動きがある。[62]しかし、一方で、個別の事件に対応したきめ細やかな処理や、高度な技術的対応が要求される場面では、こうした対応には限界があることも指摘されている。[63]そのため、外部の専門家であるベンダーを利用しなかったために、事後的に弁護士の過誤が問われるリスクがある。もっとも、すでに註(59)で述べたように、ベンダーを利用しさえすればそれで責任を果たしたことにはならない。そのため、法律事務所や弁護士は、ベンダーへの対応に苦慮するのである。

4　小括

このように、E-ディスカバリーの導入を契機にして、従前、水面下で進行していたさまざまな変化が顕在化したといえる。企業はその情報管理の徹底に苦心し、法律家は自己の仕事に必要とされる「専門的スキル」のなかに、ITに対応する能力が書き加えられることになった。それまでの執務体制の変化は、それについていけない弁護士を大量に生み出しているとともに、その作業の外部化をもたらしている。このような外部化は、まさに国内企業がコスト削減を求めて、賃金の安い発展途上国に仕事を移すプロセスとも類似する。また、このような外部化は、業界を横断する形でも生じており、E-ディスカバリー対応のベンダーの興隆は、米国の弁護士自身の悩みを深めて

いる。

このように、連邦民訴規則のもとでのE-ディスカバリーでは、大規模な事務所と企業間のかかわりが問題とされているようであるが、たとえば、離婚訴訟のような私人間の訴訟でも、電子情報の取扱いの問題は避けられない。相手方配偶者の不適切な行動を確認するために、その者のノートパソコンや携帯電話等に保存された電子情報はきわめて有用である。また、FasTrakというサンフランシスコベイにかかる橋を通過する自動車から、料金を自動的に徴収する電子システムに残された通行履歴が相手方配偶者の行動を特定するために活用されているとの報道もある(64)。これらのことは、わが国においても同様に起こり得るであろう。しかし、こうした問題は主として州法の手続のもとで論じられているようであり、本稿では対象としない。

III 連邦民事訴訟規則改正の評価と今後の方向性

最近、E-ディスカバリーに関する報道が日常化しているともいわれるが、あまり好意的な評価はされていないようである(65)。一方、技術の進歩は早く、E-ディスカバリーの今後を「予言」をすることは困難であろう。しかし、連邦民訴規則のもとでのE-ディスカバリーのこれからについて「予測」をたてることにそれなりの意味はある。以下、リチャード・マーカス教授の分析に従い、E-ディスカバリーに関する連邦民訴規則改正が、今後どのような展開を見せるかについて、確認しておく。

1 ディスカバリーの「民主化」

E-ディスカバリーはより民主的なものになるといわれる。最近まで、E-ディスカバリーは、個人が大企業を相手に仕掛ける「一方通行のディスカバリー」といわれ、被告側だけがリスクを抱えるものだと思われていた。

しかし、コンピューターの利用は大企業に限定されないし、多数の国民が電子情報を作り出し、保有している。それゆえ、E-ディスカバリーの負担は両当事者に生じることになる。たとえば、職場でのハラスメント訴訟の原告に、携帯電話に保存されていた画像を提示することが命じられたケースがある。(66)

民事事件や刑事事件において、SNSが情報の宝庫であることはすでに認識されているし、医療補助費の不払いで保険会社が訴えられた例では、原告の健康状態を知るために、原告がFacebookなどにアップした投稿を提出させる命令がなされた。(67)電子情報の活用が進んだ現代において、訴訟に有意な情報は、原告・被告といった当事者の立場にかかわらず、またいたるところに存在することに注意を払うべきであろう。

2　ベンダーの今後

ベンダーが今後も隆盛を誇るかは不確実であろう。過去一〇年間の業者の収入は天文学的数字になっているが(二〇〇八年の市場規模が三〇億ドルといわれ、二〇〇九年には四〇億ドルを突破すると予想されている。(68))、法律事務所や企業が、今後も、そのような大金を払い続けるかは不透明であるとされる。(69)

3　相手方のコンピュータ・システムへのアクセスの可否

二〇〇六年の改正で注目されなかった点であるが、連邦民訴規則三四条(a)(1)によれば、相手方当事者の文書や電子情報を「コピー」することだけでなく、それらを直接「テストし」、「収集する」ことができる。そうしたテストやサンプリングの規定は、以前は、有体物について認められていた。今次改正の前に、ある連邦控訴裁判所が、相手方当事者のコンピューター・システムへのアクセスを認めた原審の判断を覆した。(70)連邦民訴規則諮問委員会では、その可能性を制限しようとしたが、(71)この新しい三四条により、相手方のコンピューターに直接アクセスができるのか、という興味深い問題が残されることになった。

4　連邦民訴規則二六条(g)の新たな役割

これは、連邦民訴規則一一条の強化とともに、一九八三年に追加された規定である。一一条については大きな反響が生じ、その後、一九九三年に再度改正されたが、二六条(g)は無視され続けた。[72]

E-ディスカバリーは、二六条(g)に「新しい命」を与えたといわれる。すなわち、E-ディスカバリーをアレンジする際に、弁護士は、何がなされ、かつ何時それがなされるのかということを、相手方や裁判所に、説明をする責任を負うことが規定されている。この条文に反するとした裁判例も最近存在することから、二六条(g)は、「新たな連邦民訴規則一一条」になるかもしれないと考えられている。[73]

5　法律事務所に勤務する弁護士の責任

連邦民訴規則二六条(g)の責任を負担するのは、ディスカバリー手続を実際に遂行する訴訟代理人弁護士である。これらの弁護士は、依頼者である企業組織の外側に存在する者であり、企業内弁護士によって述べられたことに依拠して行動する。訴訟代理人弁護士と企業内弁護士とでは、電子情報について考えることや知り得た情報に格差があり、このことは、訴訟代理人弁護士にとって好ましいことではない。[74]両者間のコミュニケーションのギャップによって、二六条(g)に基づく制裁が課せられる可能性があるからである。[75]

6　連邦民訴規則改正による悪影響

連邦民訴規則を改正した事により悪影響が生じるのではないかという懸念があるようである。[76]公聴会において、反対の意見を述べていた者の多くは、被告側に立つ人々であったが、次のようなことが指摘されていた。連邦民訴規則二六条(b)(4)(B)への反対意見としては、多くの企業が、自己の有するほとんどの電子情報にアクセスできないように、その電子システムを改変ないし構築するということが主張された。同様に、ディスカバリーに関する制裁を

制限する規定である連邦民訴規則三七条(e)に対しては、企業が、当該訴訟に有用な情報を削除するために、ただちにシステムをリセットするであろう、と批判された。しかし、これらの見解に対する多数意見はこうである。[77] 事業を営むため電子情報に依存する会社にとって、それらの批判は当たらない、と。どのような法改正にも批判はつきものであるが、当を得たものは多くないというのが、現時点でのマーカス教授の認識のようである。

7　小括

連邦民訴規則改正に対する正当な評価は、今後の研究業績や各条文の適用をめぐる裁判例の集積を待たなければならない。とはいえ、すでに注目すべき論点が存在することも、マーカス教授によって示唆されている。とくに、E-ディスカバリーをきっかけに、相手方の情報システムに直接アクセスできるか、という点は興味深い。たとえば、日本の医療事故訴訟においても、電子カルテの活用が注目されているが、その実態は、電子カルテシステムに保存されている電子情報を紙媒体に印刷するというものであることが指摘されている。患者側に立つ代理人弁護士も、保全段階では、医師・病院側の電子カルテシステムに直接アクセスすることはないように思われる。電子カルテシステムに限らず、電子情報は膨大な量になる傾向があり、そのため、当該システムの持つ検索機能を効果的に駆使することが必要となる。つまり、訴訟上必要と思われる情報を特定するために、その活用が必須となる可能性は否定できない。それゆえ、米国において、連邦民訴規則三四条のもと、この問題がどのように処理されていくのかについては今後の検討課題としたい。

結びにかえて

ディスカバリー手続の拡充は、実体法の整備、充実とともに、裁判所の役割が大きくなったことと歩調を合わせ

て実現したものであった。その背景として、同時に、革新的な技術革命の存在を忘れてはならない。一方で、ディスカバリー手続によってもたらされる諸々の負担には、米国内でも批判が根強く、そのことへの対処方法としては、ディスカバリーの規律として客観的に明確なルールを定めるというよりも、裁判所による管理が重視されてきたようである。このことは、裁判所に対する信頼の裏返しかもしれない。

米国の民事訴訟において電子情報をどのように取り扱うかについて、その難問に最初に直面したのは、弁護士や裁判官であった。それも都市部だけではなく、地方においても例外なくその洗礼を受けていたとの指摘もある(78)。こうした難問を解決するため、E-ディスカバリーに関する諸規定が連邦民訴規則に導入された。これによって、従来のディスカバリー手続のスキームが変更を受けたのかは、それ自体慎重に検討するべき問題ではある。

しかし、本稿の焦点は、民事訴訟における電子情報の取り扱いといった包括的な問題を考える前提として、米国におけるE-ディスカバリー導入による社会的な影響と今後生じるであろう問題点を確認し、日本での考察の手がかりとすることにあった。電子情報の管理について、企業は応分の負担を迫られたが、それ以上に重大な影響を被ったのは、法律事務所ないし弁護士であった。その業務のあり方が変化したのである。E-ディスカバリーに対応した部署を設置し、それに対応するスタッフを維持しなければならなくなった。そのため、アソシエイト弁護士のあり方にも変化が起きているといわれる。こうした電子情報への対応を内部化できない場合には、その負担を外部化するしかなくなる。その結果、E-ディスカバリーへの対応サポートを謳うベンダーが驚くべき速度で成長した。こうした内部のスタッフや外部のベンダーが、今後、知的財産権を専門とするような弁護士と同等に扱われ、その地位を事務所内部で確立するのかは、一つの問題であろう。一方、社会における電子化の進行は、従来の紙媒体では考えられなかったほどの膨大な情報が、保存・蓄積されることを意味し、しかも、それらはいたるところに偏在

し、コピーが繰り返され、完全消去は困難とさえ思われる。本稿で確認した米国におけるさまざまな出来事は、このような性質を持つ電子情報を管理する負担が、その所有者（個人や企業）だけでなく、訴訟対応を理由として、そこにアクセスする弁護士や裁判所にも生じた結果といえる。このことは、いわば、負の要素をはらむともいえるが、後述するように、「検索システム」を活用することで、その負担を軽減し、膨大な情報の中から必要なものを適時に取り出すことができる可能性もある。[80] とすれば、こうした「検索」の主体が誰になるかを考えておく必要はあろう。

翻って、日本の視点でこれらの問題を考えてみるとどうなるか。日本でも国内企業が、米国のE-ディスカバリーに巻き込まれる可能性が高まり、それに対応するベンダーが登場しているとの報道もある。[79] しかし、そのことが、民事訴訟法上の原理や原則に直ちに修正をせまるというものではないようにも思われるが、この点は、連邦民訴規則に内在する諸々の問題を検討した上で、答えるべきであろう。それよりも、最初に困難に直面するのは、日本においても、実務運用のレヴェルではないか。直近で電子化の問題に直面しているのは、医療事故訴訟などである。電子カルテの問題のみならず、患者の医療情報、診療の過程などがすべて電子化され、ネットワーク化され、保存共有されている。たとえば、患者の患部の映像が動画として保存されている場合、それをどのように法廷で再現するのかはやっかいな問題である。再現する機材が法廷に準備されているとは限らないし、仮に法廷で見られたとしても、解像度の異なるモニターであれば、診療ないし治療行為時における医師の判断の適正さを判断することは難しいと思われるからである。

個人や組織の情報管理は現在ほとんどすべて電子化されている。このことに鑑みれば、類似の問題は、米国の例を参照するまでもなく、個人や企業をめぐる一般の民事訴訟でも顕在化するはずである。すなわち、「何をどこまで

見られるのか」といったことに集約可能である。たとえば、離婚訴訟で、相手方配偶者の行動を特定するために、ETCによる高速道路利用情報を取り出せるのか。相手方配偶者の携帯電話に残された通話記録や電子メールのやりとりを開示させられるのか。それが破棄されていた場合には、それを管理している業者に開示を求めることができるのか。また、医療事故の直後に担当の医師が、先任の医師に書き送ったメールの内容は、これまでの訴訟では法廷に開示されなかった情報であろうが、それは開示の対象にならないのか、という種々の問題が存在する。

電子情報は、既存の紙媒体に記録された情報よりも膨大であり、さまざまな情報がそこに記録されている。しかし、一方で、電子システムには、周知の通り、「検索システム」が備わっているのが通常である。こうしたシステムを活用すれば、膨大な情報の中から、瞬時に必要な情報を取得することができる。ちなみに、近時、米国においても、E-ディスカバリーの導入によって、文書をレビューする仕事量が減少したといわれている。すなわち、従前は、一〇〇〇万枚の書類を見るのに、たとえば二〇名ないし三〇名の弁護士が実施にあたっていたとされるが、その後、E-ディスカバリーが導入されてからは、ソフトが開発され、このソフトを利用してキーワードを検索したり、あるメールと別のメールを関連づけたりすることができるようになったため、レビューに要する人員が減少したということである。[81] たとえば、医療事故訴訟の保全段階で、電子カルテはプリントアウトされて膨大な量の紙が持ちだされるといわれるが、事故が起こったとされる病院で、原告側代理人がその電子カルテシステムを直接検索し、必要な情報を取得することはできるのであろうか。

これらの具体的な問題を考えるためにも、なお、米国の経験は、一定の価値を持つように思われる。その意味で、連邦民訴規則内在的な検討については、他日を期したい。また、E-ディスカバリーの実情に関する観察を継続して行うことも必要であると考える。

＊本稿は、科研費基盤研究(C)（研究代表：下村眞美）課題番号【20590510】の成果の一つである。また、本稿の内容については、大阪地方裁判所医療集中部における懇談会（平成二一年七月二五日）での報告の一部を構成している。報告に際して、大阪地裁医療集中部の揖斐潔部長、大島眞一部長、徳岡由美子部長をはじめ、ご参集いただいた諸先生方のご教示に、この場を借りてお礼申し上げるとともに、本論文の内容的不十分さや誤解はすべて筆者に帰すものであることをお断りしておく。

（1） たとえば、川島四郎「『e―サポート裁判所』システムの創造的構築のための基礎理論――「IT活用」による『正義へのユビキタス・アクセス』構想」法セミ五四巻五号三六頁―三九頁（二〇〇九年）。E-ディスカバリーを紹介する文献として、さしあたり、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八五六号二二頁（二〇〇七年）、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」国際商事法務三四巻一一号一四一二頁（二〇〇七年）、金子宏直「米国における電子的ディスカバリ（E-Discovery）」法とコンピュータ二三号八三頁（二〇〇五年）参照。

（2） 科研費基盤研究(C)（研究代表：下村眞美）課題番号【20590510】に基づくインタビュー調査（平成二一年二月二五日実施）。当日のインタビューの内容は、いただいた資料 Richard L. Marcus, *The 2006 amendments to the federal rules of civil procedure governing discovery of electronically stored information: fitting electronic discovery into the overall discovery mix, in* ELECTRONIC DISCOVERY AND DIGITAL EVIDENCE, 1-15 (Shira A. Scheindlin et al. eds., 2009). に基づくものであった。周知の通り、マーカス教授は、E-ディスカバリーに関する連邦民訴規則改正の担当者である。

（3） Richard L. Marcus, *SYMPOSIUM ISSUE: ADVANCED ISSUES IN ELECTRONIC DISCOVERY: THE IMPACT OF THE FIRST YEAR OF THE FEDERAL RULES AND THE ADOPTION OF THE MARYLAND RULES: KEYNOTE ADDRESS: E-DISCOVERY BEYOND THE FEDERAL RULES*, 37 U. Balt. L. Rev. 321, 328 (2008).

（4） ディスカバリーに言及する文献は少なくないが、理論的観点からの分析では、高橋宏志「米国ディスカバリー法序説」

『法学協会百周年記念論文集〔3〕』五二七頁―五五九頁（一九八三年）が有益である。

（5） *Ibid.*

（6） Stephen N. Subrin, *Fishing Expeditions Allowed: The Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules,* 39 B.C. L. Rev. 691 (1998).

（7） この状況を辛辣に揶揄したものとして、Stephen N. Subrin, *Discovery in Global Perspective: Are We Nuts?*, 52 DePaul L. Rev. 299 (2002).

（8） Richard L. Marcus, *supra* note 3, at 329.

（9） *Ibid.*

（10） *Ibid.*

（11） *Ibid.*

（12） Richard Marcus, *Discovery Containment Redux,* 39 B.C. L. Rev. 747 (1998).

（13） こうした動きは、プリ・トライアルにおける重要な情報へのアクセスに関わるコミットメントを放棄するというものではなかった。

（14） Richard L. Marcus, *supra* note 3, at 329.

（15） *Ibid.*

（16） Richard L. Marcus, *supra* note 3, at 329.

（17） *Ibid.*

（18） マーカス教授は、そのプロジェクトの特別委員に選任されていた。

（19） Richard L. Marcus, *supra* note 3, at 330.

（20） *Ibid.*

（21） この一連の会議の動向については、Richard Marcus, *Only Yesterday: Reflections on Rulemaking Responses to E-Discovery,* 73 Fordham L. Rev. 1 (2004). 参照。

（22） Richard L. Marcus, *supra* note 3, at 330.

(23) たとえば、当時、電子メール自体、ディスカバリーの対象から外すということが有力に論じられていた。今日における、多くの訴訟での電子メールの重要性を考えると、そのような対応はいささか性急に過ぎるものであったと指摘されている(Richard L. Marcus, supra note 3, at 330.)。

(24) *Ibid.*

(25) Richard L. Marcus, supra note 3, at 331.

(26) *Ibid.*

(27) *Ibid.*

(28) Oct. 27, 2000 Conference on Computer-Based Discovery at Brooklyn Law School (Oct. 4, 2000).

(29) Richard L. Marcus, *supra* note 3, at 331.

(30) Richard L. Marcus, *supra* note 3, at 331-332.

(31) Richard L. Marcus, *supra* note 3, at 332.

(32) もっとも、回答はほとんど戻ってこなかったようである(*Ibid.*)。

(33) 要綱案の公表は、弁護士らの強い関心を呼び起こし、二五〇以上の意見書が寄せられ、かつ、あまりに多数の人々が自己の意見書に関する意見提示を申し込んだため、ワシントンDCにおける公聴会の日程を余分に設定しなければならなくなったとされる(*Ibid.*)。

(34) Richard L. Marcus, *supra* note 3, at 342.

(35) Richard L. Marcus, *supra* note 3, at 343.

(36) *Ibid.*

(37) *Ibid.*

(38) *Ibid.*

(39) この点についてのご示唆は、大阪地裁医事部懇談会での山田文教授に負う。連邦民訴規則の構造や関連する判例の分析を踏まえて、なお考えてみたい。

(40) John L. Carroll, *E-Discovery: A Case Study in Rulemaking by State and Federal Courts*, in The Rule(s) of Law:

Electronic Discovery and the Challenge of Rulemaking in the State Courts 45, 46 (Pound Civil Justice Inst. ed., 2005).

（41） Richard L. Marcus, *supra* note 3, at 322 (2008).

（42） *Ibid. See* Eron Ben-Yehuda, *Sending Unwise E-Mails Can Be Hazardous to Your Career,* S.F. Daily J., Oct. 11, 2004, at 4.

（43） Richard L. Marcus, *supra* note 3, *Id.* at 323.

（44） Reuters, *Wall St. Firm Settles Case on Handling of E-Mail*, N.Y. Times, Sept. 28, 2007, at C5.

（45） これは′ Kablooey Mail と呼ばれるものであった° Andrew LaVallee, *This Email Will Self-Destruct*, Wall St. J., Aug. 31, 2006, at D1.

（46） Kevin Livingston, *Battle over Big Brother*, S.F. Recorder, Aug. 30, 2001, at 1.

（47） John Schwartz, *Snoop Software Is Generating Privacy Concerns*, N.Y. Times, Oct. 10, 2003, at C1.

（48） Richard L. Marcus, *supra* note 3, at 324.

（49） *Ibid.*

（50） Janet H. Kwuon & Karen Wan, *High Stakes for Missteps in EDD*, N.J. L.J., Dec. 31, 2007.

（51） たとえば′ 今なお′ メタデータの意味やその取り扱いの重要性を理解しない弁護士が存在するとの指摘がある (Marcia Coyle, *"Metadata" Mining Vexes Lawyers, Bars*, Nat'l L.J., Feb. 18, 2008, at 1.)°

（52） Janet H. Kwuon & Karen Wan, *supra* note 11, at 3..

（53） Kellie Schmitt, *McDermott Plans to Fill Cheap Seats*, S.F. Recorder, Nov. 1, 2007, at 1.

（54） Richard L. Marcus, *supra* note 3, at 325.

（55） Zusha Elinson, *GCs Embracing Outsourced Work*, S.F. Recorder, Jan. 24, 2008, at 1.

（56） Daphne Eviatar, Howrey Opens India Office for Document Management, S.F. Recorder, Feb. 11, 2008, at 3.

（57） Richard L. Marcus, supra note 3, at 326.

（58） *Ibid. See* George Socha & Thomas Gelbmann, *EDD Showcase: EDD Hits $ 2 Billion 1* (2007), http://www.sochaconsulting.com/2007 Socha-Gelbmann ED Survey Public Report.pdf.

(59) たとえば、二〇〇八年一月に、Sullivan & Cromwell 法律事務所は、ニューヨーク連邦地方裁判所に、E−ディスカバリーのベンダーを提訴した。その会社の「仕事の遅延といい加減さ」によって、ディスカバリーに余計なコストがかかったとして、未払いの料金のうち、七一万ドルの支払いが不要であると主張した（*See Sullivan Sues Over E-Discovery Problems*, S.F. Recorder, Jan. 8, 2008, at 14.）。このベンダーは、反対に、ワシントン州裁判所に、七一万ドルの支払いを求めて提訴したが、両当事者は、その後すぐに、和解をしたことが公表された（*See Law Firm, E-Discovery Vendor Settle Suits*, S.F. Recorder, Jan. 18, 2008, at 9.）。同様に、二〇〇八年一月、ロスアンゼルスの O'Melveny & Myers 法律事務所は、ディスカバリー手続において、七〇万通以上のメールを提出できなかったことを「ミス」として謝罪し、併せて、「外部のベンダー」を法廷で非難した（*See* Dan Levine, *O'Melveny Says It's Sorry for Missing E-Mails*, S.F. Recorder, Jan. 23, 2008, at 1.）。このように、ベンダーを利用することには、リスクを伴うことが分かる。

(60) Tom McNichol, *The E-Vendors Cometh*, Cal. Law., Feb. 2008, at 37.

(61) ベンダーが、販売戦略上、弁護士に言い続けている決めの言葉は、「一人で大丈夫ですか?」というもの。ある意味、このことは、弁護士が顧客を勧誘するときに用いられる言葉と同様であると揶揄される。「あなたが自分を守るためには弁護士が必要ですよ。弁護士を雇わずに物事を進めるのはやめた方がよいですね。」（Richard L. Marcus, *supra* note 3, at 327.）。

(62) Eamon Kircher-Allen, *Electronic Expertise*, Cal. Law., Oct. 2007, at 9.

(63) Sandra Rosenzweig, *Up to Speed on E-Discovery*, Cal. Law., Oct. 2007, at 28.

(64) John Simerman, *Lawyers Dig into FasTrak Data*, Oakland Tribune, June 5, 2007, at 1.

(65) ブリトニー・スピアーズの私生活に関する報道とE−ディスカバリーに関する報道を対比して、毎週報じられるが、ろくなものではないと揶揄されている（John J. Coughlin, *Learning from the E-Discovery Mistakes of Others*, Nat'l L.J., Dec. 10, 2007, at E4.）。

(66) Smith v. Cafe Asia, 246 F.R.D. 19 (D.D.C. 2007).

(67) Mary Pat Gallagher, *MySpace, Facebook Pages May Aid Insurance Dispute*, S.F. Recorder, Feb. 4, 2008, at 3

(68) Richard L. Marcus, *supra* note 3, at 345.

(69) *See In re* Ford Motor Co., 345 F.3d 1315, 1317 (11th Cir. 2003).

(70) *Fed. R. Civ. P. 34 (a)* advisory committee's note to the 2006 amendments.

(71) Richard L. Marcus, *supra* note 3, at 345.

(72) もともと、この条項は、連邦民訴規則一一条に比肩する重要な規定と考えられていたようである。*See* 8 Charles Alan Wright, Arthur R. Miller & Richard L. Marcus, Federal Practice & Procedures § 2052, at 630 (2d ed. 1994).

(73) Richard L. Marcus, *supra* note 3, at 346.

(74) *See, e.g.*, GFTM, Inc. v. Wal-Mart Stores, Inc., No. 98 CIV 7724 RPP 2000 WL 335558 (S.D.N.Y. 2000).

(75) Richard L. Marcus, *supra* note 3, at 347.

(76) *Ibid.*

(77) *Ibid.*

(78) Richard L. Marcus, *supra* note 3, at 333.

(79) たとえば、Web 記事であるが、http://www.atmarkit.co.jp/news/200812/08/forensic.html 参照。

(80) 米国連邦地方裁判所においては、この間の取組みとして、すべての事件記録を電子化し、少額の手数料と引き換えに、ネット上から検索、ダウンロードができるシステム（Public Access to Court Electronic Records-'PACER'）を構築したとのことである。この点については、平成二二年一一月五日における、ハーバード大学でのインタビュー調査において、Lynn Lopucki 教授（カリフォルニア大学ロサンゼルス校、ハーバード大学ロースクール客員教授）より、資料（Lynn Lopucki, *Court System Transparency*, 94 Iowa Law Review 481 (2009).）とともに貴重なご示唆をいただいた。

(81) この点は、阿部隆徳弁護士が、米国特許訴訟のサマリージャッジメントヒアリングに出席した際に、同席した米国弁護士から聴取した内容をご教示いただいた。また、検索システムに依存するレビューでは、見落としのリスクが大きいのではないかという阿部弁護士の質問に対して、見落としが出てくることはたしかにあり得るが、電子情報をプリントアウトして紙媒体で読んだ場合にも見落としはあること、また、同じ書類も、二度、三度と見れば、見方が変わるため、理想的にはすべての書類を五回程度見ることがよいのであるが、現実には不可能なため、ソフトを用いた検索によるレビューでよいとの回答であった。