

アメリカの民事訴訟における 電子情報保存義務と制裁

— 「ズブレイク再考」事件 —

太田 幸夫

- I 序論
- II 「ズブレイク再考」事件の概要
- III 本決定の要点
 - 1 前提となる法解釈
 - 2 制裁の判断
- IV 電子情報保存義務と制裁
- V 日本法との対比
- VI 結語
- 附録 シャインドリ判事による陪審に対する説示案

I 序 論

急速なIT革命の結果、商取引が電子情報を介して行われるようになり、また、日常の出来事が電子情報として記録されるようになった。このことから、重要な情報が紙の上ばかりでなく、電子情報として存在し、保存されることが多く、裁判においても電子情報が重要な地位を占めるようになった。そのため従来の法律では十分に対応できず、新たな法律が次々と制定されるに至った^{*1}。わが国の民事訴訟においても、eメールをプリントアウトした文書や、デジタル録音を反訳した文書が書証として提出される^{*2}ことが多く見られるようになったが、その証明力が争われることも少なくない。その場合、何らかの方法

*1 わが国では、例えば、平成12年に電子署名及び認証業務に関する法律、同13年に電子消費契約及び電子承諾通知に関する民法の特例に関する法律、同19年に電子記録債権法が制定された。

*2 この場合、相手方は反訳文書を提出した当事者に対して音源の複製物の交付を求めることができる（民訴規則144条）。

(検証を含む)で当該書証の基になった電子情報の真正性 (authenticity) の確認が必要となる*³。しかし、わが国ではアメリカ合衆国のようなディスカヴァリー制度がないため、電子情報をめぐる争いはそれほどには熾烈でない。

他方、アメリカ合衆国の民事訴訟では、事実審理に先立ち、ディスカヴァリーが行われ、20世紀末ころから、電子情報 (electronic information or electronically secured information) の開示及び提出が求められることが多くなり、2006年には連邦民事訴訟規則にeディスカヴァリーに関する規定が新たに加えられるに至った*⁴。ただ、eディスカヴァリーといっても通常のディスカヴァリーの一部であるから、連邦民訴規則の改正はそれまでの実務を反映し、新たな技術の進展に対応したものに過ぎない。

この規則改正に影響を及ぼした重要な裁判例として、連邦ニューヨーク南部地裁のシャインドリン判事*⁵による一連のズブレイク決定 (第一次ないし第七次。但し、第二次、第六次、第七次の各決定は、ディスカヴァリーと無関係) がある*⁶。その経過は、およそ次のとおりである。

* * *

2003. 5. 13 スブレイク第一次決定*⁷ (被告にサーバーと光ディスクの提出を

* 3 最近、わが国でも電子証拠の成立の真正ないし証明力がよく争われるようになった。例えば、セクシュアル・ハラスメントを立証するために提出された電子メール(プリントと思われる)の成立の真正を疑った大阪高判平21. 3. 15判タ1313号271頁、名誉毀損による損害賠償請求訴訟において提出された音声データを削除等の加工をされたものと認定した東京高判平21. 3. 27判タ1308号283頁参照。

* 4 アメリカのeディスカヴァリーに関する邦語文献として、町村泰貴ほか・実践的eディスカバリー米国民事訴訟に備える(2010)が有益である。

* 5 シャインドリン判事は、eディスカヴァリーに関する次のケースブック等の共著者である。SHIRA A. SCHENDLIN et al., ELECTRONIC DISCOVERY AND DIGITAL EVIDENCE—CASES AND MATERIALS (2009), SHIRA A. SCHENDLIN et al., ELECTRONIC DISCOVERY AND DIGITAL EVIDENCE IN A NUTSHELL (2009)。

* 6 本案訴訟は、証券会社に勤務していた女性 (Laura Zubulake) の不当差別解雇を理由とする損害賠償請求訴訟である。本案判決は、2005年4月6日言い渡され、原告は通常の賠償金910万ドルのほか、懲罰的賠償金として2010万ドルの支払を受けることとなった。BARBARA J. ROTHSTEIN et al., MANAGING DISCOVERY OF ELECTRONIC INFORMATION: A POCKET GUIDE FOR JUDGES 12 (2007)。

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

命じたほか、バックアップ・テープのサンプル調査を命じ、費用負担の決定基準を示した)

2003. 5. 13 ズブレイク第二次決定^{*8} (証言録取書の写しを証券取引規制官庁に提出することの許可を求めた原告の申立てを却下した)
2003. 7. 24 ズブレイク第三次決定^{*9} (バックアップ・データの再現費用を原告と被告が1 : 3の割合で分担し、提出費用は提出者である被告の負担と定めた)
2003. 10. 22 ズブレイク第四次決定^{*10} (保存義務違反の制裁として証言再録取費用の負担を被告に命じた)
2004. 7. 20 ズブレイク第五次決定^{*11} (保存義務違反の制裁として陪審への事実推定の説示と証言録取費用を被告の負担とすることを定めた)
2005. 2. 3 ズブレイク第六次決定^{*12} (被告の答弁書の追加的変更申立てを却下した)
2005. 3. 16 ズブレイク第七次決定^{*13} (原・被告双方の証拠排除申立てを一部認容した)

* * *

その後もシャインドリン判事は同地裁でeディスカヴァリー事件を担当しており、2010年1月15日、同判事自ら、異例にも「ズブレイク再考—6年後に」(*Zubulake Revisited: Six Years Later*)との論文調の表題を付した決定を下した^{*14} (なお、本件は、上記ズブレイク事件とは全く関わりがない)。本決定は、上記ズブレイク事件を担当した同判事が連邦民訴規則の改正を踏まえ、eディスカヴァリーをめぐる法的問題を再考し、整理したものであり、特に電子

* 8 Zubulake v. UBS Warburg LLC, 230 F.R.D. 290 (S.D.N.Y. 2003).

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

* 10 Zubulake v. UBS Warburg LLC, 220 F.R.D. 212 (S.D.N.Y. 2003).

* 11 Zubulake v. UBS Warburg LLC, 229 F.R.D.422 (S.D.N.Y. 2004).

* 12 Zubulake v. UBS Warburg LLC, 231 F.R.D. 159 (S.D.N.Y. 2005).

* 13 Zubulake v. UBS Warburg LLC, 382 F. Supp. 2d 536 (S.D.N.Y. 2005).

* 14 Pension Committee of the Univ. of Montreal Pension Plan v. Banc of America Securities, LLC, 685 F. Supp. 2d 456 (S.D.N.Y. 2010) as amended May 28, 2010. 本稿では決定の重要部分を意識し、適宜、番号を付すと共に該当箇所を上記判例集の頁のみを記すことにより明らかにする。

情報保存義務違反の判定方法及び違反に対する制裁の選択基準を明らかにした裁判例として注目される。そこで、以下に同決定の内容を分析して問題点を探り、我が国の民事訴訟の観点からどのように考えるかについても検討して見たい。

II 「ズブレイク再考」事件の概要

英領ヴァージン諸島に本拠を置くヘッジファンド（ファンド）のランサー・オフショア（ランサー社）ほか1社は、2003年4月16日、連邦フロリダ南部地裁に破産を申し立て、同年7月8日、ファンドは破産管財人の管理下に置かれた^{*15}。2004年2月12日、ファンドに出資した96名が原告となり、ファンドの取締役、監査人、保管銀行等を被告とし、ファンドが倒産したことによる5億5000万ドルの損害の賠償を求める訴え（本案訴訟）を合衆国フロリダ南部地裁に提起した^{*16}。2005年10月25日、被告らの申立てにより事件がニューヨーク南部地裁（シャインドリン判事担当）に移送された。2007年8月30日以降、原告らの証言録取（depositions）が行われたが、それにより原告らが提出した証拠に欠落のあることが判明した。この点を解明するため、2008年6月までに報告書の提出及び更なる証言録取が行われた。被告らは証言録取の結果、原告らの内13名について電子文書の保存及び提出義務違反があったとして、連邦民訴規則37条(b)(2)に基づき、同原告らに対して本案の訴えの却下を含む制裁を加えるよう申し立てた。

III 本決定の要点

1 前提となる法解釈

- ① ディスカヴァリー違反の関係において、過失（negligence）とは、他人に害をもたらす危険を惹起する不合理な行為を包含するものであり、故意（willfulness）とは、害悪の発生する可能性が高い不合理な意図的又は無謀

*15 約1か月後の2003年10月22日、ズブレイク第四次決定が出された。

*16 約5か月後の2004年7月20日、ズブレイク第五次決定が出された。

な行為を包含するものであるとされる。〈中略〉重過失（gross negligence）とは、不注意な人間でも払う注意を行わないことをいうとされる〔463頁以下〕。

- ② ズブレイク第四次決定が出された2003年10月以降は可能性として、また、ズブレイク第五次決定が出された2004年7月以降は確実に、書面によるリテイゲイション・ホールド（litigation hold）^{*17}をしないことは、関連性のある（relevant）情報の消失が起り易くなるので、重過失となる〔464頁以下〕。
- ③ 証拠毀損（spoliation）とは、証拠を破棄（destruction）し、実質的な改変を加え、あるいは係属中の、又は合理的に予想される訴訟において証拠として他者が用いるもの（property）を保存しないことを指す。証拠毀損に対して制裁を加える権利は、司法過程及び訴訟を管理する裁判所に固有の権限に由来している。しかし、この権限の行使は、司法過程を濫用する行為から救済するために必要な限度に制限される〔465頁〕。
- ④ 証拠を保存する義務は、当事者が合理的に訴訟を予期した時に発生するということが確立している。当事者は合理的に訴訟を予期した以上、平常の文書保存・廃棄規定を止め、関連文書の保存を確保するため、リテイゲイション・ホールドの状態に置かなければならない。原告は訴えの提起時期を選ぶため、原告の〈保存〉義務は、しばしば、訴訟が始まる前に駆動する〔466頁〕。
- ⑤ 立証責任（burden of proof）^{*18}の問題は、制裁の重さによって異なる。制裁金や費用負担の移転などのより軽い制裁の場合、〈中略〉審査は証拠毀損

*17 「リテイゲイション・ホールド」又は「訴訟ホールド」とは、訴訟に関係する文書をその時点の状態ですべて保全する（消失や改変をさせない）ことを言い、訴訟代理人が訴訟を予期した時点で当事者及び関係者にその旨注意を促すことが判例法上、求められてきた。土井悦生「米国ディスカバリ手続の法と実務～米国民事訴訟における開示手続～〔7〕文書提出要請、弁護士依頼者間秘匿特権」際商38巻9号1232頁参照。

*18 “burden of proof”には、“burden of persuasion”（説得責任）と“burden of producing evidence”（証拠提出責任）の両方の意味があるが、本決定は、ディスカヴァリー段階のものであるから、後者の意味で使われているものと解する。本稿ではかかる意味を有するものとして「立証責任」の語を用いる。田中英夫編・英米法辞典113頁（1991年）参照。

をした当事者の行動により焦点を当てて行われる。〈中略〉訴えの却下、〈主張・立証の〉排除命令又は不利益推定などのより重い制裁の場合、裁判所は、証拠毀損をした当事者の行動に加え、消失した証拠に関連性があったか、反対当事者が証拠の喪失により損害を被ったかを考慮しなければならない〔467頁〕。

- ⑥ 〈制裁を求める〉当事者は、破棄された証拠が文書提出申立てに対応するものであったことを立証するだけでは足りず、その証拠が請求又は防御の立証に有益であったこと、すなわち、その証拠がないために不利益を被ったことをも示さなければならない〔467頁〕。
- ⑦ 要約すると、〈制裁を求める〉当事者は、次の3要件を立証しなければならない。それは、証拠を毀損した当事者が、(1)その破棄又は消失当時、証拠を管理しており、これを保存する義務があったこと、(2)証拠を破棄し、又は消失させたことについて非難すべき心理状態にあったこと、そして、(3)失われた証拠が反対当事者の請求又は防御に関連性があったことである〔467頁〕。
- ⑧ 〈証拠の〉関連性(relevance)及び〈証拠がないことによる〉不利益性(prejudice)は、〈証拠を〉毀損した当事者が悪意(bad faith)又は重過失で行った場合、推定されるであろう。〈中略〉しかしながら、証拠を毀損した当事者に過失があったに止まる場合、反対当事者が重い制裁を求めるためには、〈上記〉関連性及び不利益性の双方を立証しなければならない。〈中略〉反対当事者は、破棄されたeメールがその主張にとって有利であったことを示す外的証拠を示さなければならない。裁判所は、不利益を被った当事者に対し、破棄され、又は利用できない証拠の想定される内容についてあまり過度の立証水準によって縛らないように留意しなければならない。そうでないと証拠を破棄した当事者が破棄によって利益を得るのを認めることになるからである〔467頁以下〕。
- ⑨ 有責性がどの程度認められるかに関わらず、推定された事実は反証可能(rebuttable)であり、証拠を毀損した当事者には、反対当事者が情報の欠如によって不利益を被らなかつたことを示す機会が与えられるべきである。その立証がされた場合、反対当事者はもちろん、対抗する証拠を提出することができる〔468頁〕。
- ⑩ 当事者に課せられる任務があまりにも面倒であったり、あるいは寛大で

あつたりしないよう、私は次のような立証責任の転換基準を採用している。
〈証拠を〉毀損した当事者の行動があまりにも酷くて〈証拠の〉関連性及び
〈反対当事者の〉損害を推定するのに十分な場合、あるいは〈証拠を〉毀損
した当事者の行動が陪審にそのような推定を許容するのを正当とする場合、
この推定を覆す立証責任は〈証拠を〉毀損した当事者に移転する。〈証拠を〉
毀損した当事者は、例えば、反対当事者が破棄されたとされる証拠にアクセ
スしたこと、あるいは、その証拠が反対当事者の請求又は防御方法を証明す
るものではないことを示すことにより〈推定の覆滅が〉可能である。もし、
〈証拠を〉毀損した当事者が反対当事者に何らの損害も生じなかったことを
裁判所に対して十二分に示すことができれば、より軽い制裁が必要であると
しても、陪審に〈不利益推定を〉指示することは正当でない〔468頁以下〕。

- ⑪ 証拠毀損に対する制裁があるとすれば、それは事実審裁判官の健全な裁量
判断によって限定され、ケース・バイ・ケースの基準で判断される。ディス
カヴァリー義務違反の内容が証拠不提出である場合、裁判所は適切な制裁を
決める広範な裁量権を有する。適切な制裁によって、(1)当事者が証拠の毀損
に関わるのを抑止し、(2)不法な危険を作出した当事者に誤った判断の危険性
を教え、(3)損害を被った当事者を反対当事者による不法な証拠の破棄がな
かった状態と同じ状態に復帰させることになる。裁判所が常に適切な救済を
もたらし得る最も厳しくない制裁を加えるべきであることは、良く了解され
ている事柄である。その制裁を最も厳しくないものから最も厳しいものまで
の順に言うると、更なるディスカヴァリー〈の実施〉、費用負担の転換、制裁
金の賦課、陪審への特別な説示、〈主張・立証の〉排除、懈怠判決 (default
judgment) 又は却下判決の言渡し (終局的制裁) を含む〔469頁〕。
- ⑫ 終局的制裁は、当事者が偽証に関わった、証拠を改変した、証拠を燃やし
たり、裁断して意図的に破棄した、あるいはコンピューターのハードドライ
ヴを消去した場合など、最も目にあまる状況下で正当とされる。〈中略〉陪
審に対する説示の内) 最も厳しい形として、〈証拠を〉毀損した当事者が故
意又は悪意を有していた場合に一定の事実を自白されたものとみなし、真実
として扱うよう説示できる。次の段階として、〈証拠を〉毀損した当事者が
故意を有していたか、無謀であった場合に裁判所は必要的推定 (mandatory
presumption) を課すことができる。必要的推定であっても反証が可能であ

るとされる。最も軽い説示は、陪審に対し、失われた証拠が反対当事者にとって関連性があり、かつ有利であったと推認するのを許容することである。〈中略〉金銭的制裁は、違反当事者の違反行為を罰し、当事者の〈違法〉行為を阻止し、目にあまる行為を許容しないとのメッセージを送るものである〔469頁以下〕。

- ⑬ ディスカヴァリー上の義務が確立された後、当代の基準を遵守しないことは重過失と見ることができる。最後のズブレイク決定^{*19}が出された2004年7月以降に保存義務が発生すると、以下に記した義務の不履行は、重過失との認定を支えるものである。：書面によりリテイゲイション・ホールドを発すること；すべての重要な関与者を明らかにし、その者の電子上及び紙による記録の保存を確保すること；eメールの削除を止め、当事者が保持、保管、管理している辞めた使用人の記録を保存すること；バックアップ・テープが関連する情報の唯一の典拠であるか、それが関係者に関するものであって、その者が保持していた情報を容易にアクセス可能なソースから入手できない場合、これを保存すること〔471頁〕。

2 制裁の判断

- ① 2003年4月までにランサー社は〈連邦フロリダ南部地裁に〉破産を申し立て、〈原告〉UMは英領ヴァージン諸島の財務委員会に不服を申し立てた。〈原告〉ハニカット及び〈原告〉シャノンは、弁護士に委任し、他の多くの原告らとの通信を始めた。残りの原告らはすべて知識ある投資家であり、他の投資家が訴えを起こしつつあり、弁護士に委任している時期にランサー社の倒産間近であることを知らないと考えるのは不合理である。従って、この時期に各原告とも〈証拠を〉保存する義務が発生したものである〔475頁〕。
- ② 原告らは、書面によるリテイゲイション・ホールドを訴訟が4年間中断した後、ディスカヴァリーに注意が向けられた2007年まで発しなかったことを認めている。原告らは、遅くとも本件が当地裁に移送された2005年までにそうすべきであった。この要求は、重要なズブレイク決定が下された2004年の中頃までに当地裁において明確に確立していた。かくて、その当時にそうし

*19 ズブレイク第五次決定（注11）を指すと思われる。

なかったことは、最低限でも重過失に当たる。〈中略〉殆どすべての原告らの2005年以前の行動は、書面によるリテイゲイション・ホウルドを発しなかったこと以外にも、重過失又は過失に当たるものがある。というのも、原告らは、文書を徹底的に調査せず、使用人が文書を収集するのを十分に監督、監視しなかったからである〔476頁以下〕。

- ③ 私は、重過失の原告らに関して、原告らが関連性のある証拠の提出を怠り、その結果、被告らに損害を被らせたとの十分な証拠を被告らが提出したと判断する。かくて、陪審は、そう選択するならば、失われた文書の関連性及び被告らに被害が発生したことの両者を推認できるが、それは原告らがこの推定を覆滅させる能力次第に掛かっている。過失の原告らに関しては、被告らは破棄された文書の関連性とそれが失われたことにより損害を被ったことを証明しなければならない〔478頁〕。
- ④ 失われた文書が関連性のあるものであったことについては、さほど問題がない。〈反対当事者の〉損害は別問題である。〈中略〉〈反対当事者において〉文書の喪失により訴訟事件で防御する能力に損害が生じたことを外部的証拠により示すことができない場合、陪審に対する説示ではなく、より軽い制裁でも過失ある当事者のディスカヴァリー上の失敗に対するものとして十分である〔479頁〕。
- ⑤ 〈原告〉2Mら〈6名〉は、ディスカヴァリーの実施に際し、重過失であった。これらの原告らの2003年から2004年にかけての文書の探索は極めて不完全であった。タイムリーに書面でのリテイゲイション・ホウルドを発しなかったことに加え、その内数名は、2007年以前、何ら電子文書の収集又は保存をせず、保存義務が生じた後も電子文書を消去し、主要な関係者に文書を要求せず、文書の探索を管理者の監督なく他に委ね、主要な関係者の有益な文書を潜在的に含んでいるデータであって、他では利用できないバックアップ・データを破棄し、誤解を招き易いか、不正確な報告書を〈裁判所に〉提出した。この行為に照らし、有益な文書が失われたか破棄されたことを推定するのが公平である。また、破棄された文書の関連性及びその消失により被害が生じたことも推定されて良い〔479頁以下〕。
- ⑥ 〈原告〉オールター・ファンドラ〈7名〉は、ディスカヴァリーの実施に際し、過失があった。いずれも書面によるリテイゲイション・ホウルドをタ

イムリーに発しておらず、そうしたのは2007年までであった。〈中略〉私は、ニューヨーク南部地裁で2004年の中頃以降、書面によるリティゲイション・ホールドをタイムリーに発しないと重過失が認定されると判断した。〈中略〉フロリダの連邦裁判所に訴えが提起された2004年初め、書面によるリティゲイション・ホールドを発しなかったことは、確立した〈リティゲイション・ホールド〉義務と、一般的には〈リティゲイション・ホールドが〉要求されていなかった状態との間のボーダーライン上にある。そこで寛大の見地から、このような状況下、この行為だけをもってして原告らが重過失であったと認定するには不十分である。従って、ディスカヴァリーの局面において原告らに過失又は重過失によるその他の行為があったかどうかには注意を払った。

〈中略〉原告らは、ディスカヴァリー上の義務を果たす上で他に過失に基づく行為をしていた〔488頁〕*20。

- ⑦ 重過失と認定された〈原告〉2Mら〈6名〉については陪審に以下のとおりの説示を行うこととする〔496頁〕*21。
- ⑧ その外に原告らは金銭的制裁を受けることになる。被告らは合理的な費用の賠償を受けることができ、その中には提出された供述書の審査、これらの供述者、あるいは場合によりその代理人からの供述録取及び本申立てを行ったことに関連する弁護士費用を含んでいる〔497頁〕。

IV 電子情報保存義務と制裁

電子情報に限らず、文書の保存義務が法令*22や契約によって発生することはいうまでもない。アメリカの民事訴訟において電子情報の保存義務は、判例上、当事者が合理的に訴訟を予期した時に発生し、その時点でリティゲイション・

*20 本決定は、この文以降、重過失と認定された原告2Mら6名のディスカヴァリー上の行動を個別・詳細に認定する。

*21 シャインドリン判事による陪審に対する説示案については、末尾に附録として添付する。

*22 わが国の場合、商業帳簿の保存期間は帳簿閉鎖の時から10年（商法19条3項）、貸金業者の帳簿の保存期間は最終返済期日から10年間（貸金業法施行規則17条）、診療録の保存期間は5年（医師法24条2項）、貸金台帳等の保存期間は3年（労働基準法109条）などと定められている。

ホールドを発しなければならないとされ（上記Ⅲ 1④参照。ただし、2004年初めころのフロリダでの状況については上記Ⅲ 2⑥参照）、また、その時期に書面でリテイゲイション・ホールドを発し、誠実に電子情報を保存しないと重過失又は過失と認定される（上記Ⅲ 2②⑤⑥）。このような保存義務は、ディスクヴァリーを前提とする訴訟法上のもので、違反者に対する制裁は、アメリカの裁判所に固有の権限に由来するとされる（上記Ⅲ 1③）。

もつとも、連邦民訴規則37条(b)(2)(A)は、ディスクヴァリー命令に従わなかった場合^{*23}、制裁として以下のものを含む正当な命令を発することができる」と明文で定めている。

- (i) 命令に記載された事項や事実を証明されたとみなすこと
- (ii) 指定した事項に関する主張・立証の禁止
- (iii) 訴答（pleadings）の一部又は全部削除
- (iv) 命令に従うまでの間の訴訟手続停止
- (v) 訴えの全部又は一部却下
- (vi) 懈怠判決（default judgment）
- (vii) 法廷侮辱として扱う（身体又は精神検査の場合を除く）

同条(b)(2)(C)は、上記制裁に代えて又は加えて違反した当事者、訴訟代理人に違反により生じた弁護士費用を含む合理的な出費の弁償を命じることができるとする。

なお、同条(e)は、電子情報が電子情報システムの通常の過程において善意で消失したためにこれを提出できなかった当事者に対し、例外的な事情のない限り、制裁を課してはならない（may not impose sanctions）と定めている。この規定は、安全港条項（safe harbor provision）と呼ばれるが、一定の期間が過ぎると電子情報を自動的に消去するようなシステムを悪意で利用した場合には適用がなく、さらに当事者が善意であっても例外的な事情により制裁を課するのが相当な場合をも想定している^{*24}。リテイゲイション・ホールドを発する義務には、このような消去システムを必要な限度で停止させることをも含んでい

*23 制裁は、裁判所の命令に従わなかったことと反対当事者の申立てのあることを前提とする。See CHARLES ALAN WRIGHT et al., LAW OF FEDERAL COURTS 638 (7th ed. 2011).

*24 See ROTHSTEIN et al., *supra* note 6, at 19–20.

る(上記Ⅲ1④参照)。

以上のとおり、命令違反に対する制裁内容は多種多様であり(同規則は制裁の種類を例示しているに過ぎない)、訴えの却下、懈怠判決あるいは法廷侮辱罪による処罰等、強力なものを含んでいる(このことからアメリカの裁判所ないし裁判官の権威の高さを窺い知ることができる)。

違反者にどの制裁を課すか、その選択は裁判所の合理的な裁量判断に委ねられている(上記Ⅲ1⑩参照)。本件における違反者に対する制裁は、重過失者に対しては陪審に対する推定許容説示^{*25}と金銭賠償であり、過失者に対しては金銭賠償のみとされ、比較的穏当なものであったと思われる(上記Ⅲ2⑦⑧参照)^{*26}。

V 日本法との対比

わが国ではアメリカのようなディスカヴァリー制度は採用されていない。ただ、わが国の民訴法163条の当事者照会制度は、連邦民訴規則33条の質問書(interrogatory)に倣って設けられたものであり、さらに平成15年法律第108号により民訴法132条の2及び132条の3として訴えの提起前における照会の規定が加えられた。これらの制度の利用は相手方から情報を得るというよりは、反対に照会により手の内を知られるのではないかとの懸念からあまり利用されていないようである^{*27}。

アメリカにおいては、ディスカヴァリーの一部である質問書に正当な理由が

*25 シャインドリン判事は、重過失者に対する制裁として陪審に対する必要的推定の説示をも検討対象に入れていたが(上記Ⅲ1⑫参照)、本件ではより穏やかな推定許容の説示を選択した。

*26 土井悦生ほか「米国ディスカバリ手続の法と実務～米国民民事訴訟における開示手続～〔9〕eディスカバリ(2)」際商38巻12号1698頁以下(2010)に制裁例が多く紹介されている。なお、町村泰貴ほか・前掲(注4)120頁には、日系企業がディスカヴァリー義務違反の制裁として、相手方に生じた弁護士費用の賠償、陪審員忌避可能人数の削減、弁論時間の短縮等の制裁を科された事例が紹介されている。

*27 当事者が相手方又は他者から必要な情報を得る手段として、弁護士法23条の2による照会と証拠保全(民訴法234条以下)がよく利用されている。

なく応じないと裁判所に回答を強制する命令を求めることができ（連邦民訴規則37条(a)(3)(B)(iii)）、この命令違反に対しては前述したような制裁を課することができる。これに対し、わが国の当事者照会制度には制裁規定がない点で実効性に乏しいと評すべきである。

ディスカヴァリー違反に対する制裁の一種として、命令に記載された事項や事実を証明されたとみなすことがある（上記Ⅳ参照）。わが国の民訴法においても、当事者が文書提出命令に従わないとき、又は当事者が相手方の使用を妨げる目的で提出の義務がある文書を滅失させ、その他これを使用できないようにしたとき、裁判所は、当該文書の記載に関する相手方の主張を真実と認めることができ、相手方が当該文書の記載に関して具体的な主張をすること及び当該文書により証明すべき事実を他の証拠により証明することが著しく困難であるときは、裁判所は、その事実に関する相手方の主張を真実と認めることができるとされている（同法224条。同種の規定として、当事者本人尋問を拒否した場合について、同法208条参照）。電子情報も民訴法231条で定める準文書として書証に関する規定が準用される（なお、電子情報の取調べ手順等につき、民訴法又は民訴規則で明確に規定することが望ましいと思われる）。

両国の法制度には証拠毀損者に対する制裁として事実の証明を擬制する点で共通性が見られるが、証拠毀損者に毀損による利益を得させることは常識的に言っても好ましいことではなく^{*28}、これらの立法は衡平という普遍の理念に基づくものであるといえよう^{*29}。

わが国の裁判例には、積極例として、起訴前の証拠保全のため歯科病院の診療録の検証を実施しようとした際には存在したが、歯科医師の不在を理由に内容を提示されなかった診療録が訴訟において提出されなかった場合に旧民訴法317条（現民訴法224条2項に相当する）の趣旨に従って、患者であった原告の供述を真実と認めた東京地判平6.3.30判タ878号253頁、貸金業者が帳簿を保存期間内に廃棄したことを理由に民訴法224条3項により過払金の返還を求め

*28 シャインドリン判事も同様の考えを示した。上記Ⅲ1⑧参照。

*29 紀元前13世紀ころ成立したアッシリア法書には水神判を拒否した者に対する主張を証明があったと同等に扱う旨の規定があったという。原田慶吉・楔形文字法の研究275頁以下（1967）参照。わが民法130条の条件成就の妨害に関する規定も同様に衡平の理念によるものと考えられる。

る反訴原告の主張を真実と擬制した本庄簡判平19. 6. 14判タ1254号199頁, 特許権侵害訴訟において, 相手方が文書提出命令に従わなかった場合に文書提出命令申立人の損害額に関する主張を真実と認めた知財高判平21. 1. 28判タ1300号287頁がある。他方, 消極例として, 実用新案侵害訴訟において, 商業帳簿の提出命令申立て後に起きた同帳簿の水損・焼却が故意によるものではなかったことを理由に旧民訴法317条によって文書提出命令申立人の主張事実を真実と認めることはできないとした大阪地判昭43. 5. 20判タ225号209頁, 動物病院のカルテの廃棄が訴訟提起の可能性を意識して故意に行われたものとは認められないとして証明責任の転換を認めなかった東京高判平19. 9. 27判時1990号21頁^{*30}, 中間的事例として, 不正競争防止法違反による損害賠償請求訴訟において, 相手方が文書提出命令に従わなかった場合に民訴法248条の法意の下に文書提出命令申立人の主張の一部のみを真実と認めるにとどめた東京高判平14. 1. 31判時1815号123頁がある。

その他, 現行民訴法の制定前であるが, コンピューターの磁気テープを準文書と見て提出命令の申立てを認容した大阪高決昭52. 3. 6高民集31巻1号38頁, 判タ359号194頁があり, 現行民訴法下では電子情報を帳票化した文書の自己使用文書性を否定した最二小決平18. 8. 23集民225号345頁, 判タ1252号163頁, 銀行の取引明細表データをアウトプットした結果について提出命令申立てを認めた最三小決平19. 12. 11民集61巻9号3364頁がある。

なお, 平成16年法律第152号により民訴法に397条から402条まで電子情報処理組織による督促手続の規定が加えられ, 現在, 順調に稼働し, 利用されている。しかし, 同じ改正法により加えられた民訴法132条の2の電子情報処理組織による申立て等は, 未だその体制が整備されていない。

VI 結 語

郵便に代わり電子メールが通信手段として多用される時代が到来して久しい。アメリカのビジネスマンは平日1日当たり平均50通の電子メールを送受信して

*30 動物病院側では, 証拠保全の際, カルテを税務調査のために廃棄したと述べていたようである(判時1990号26頁)。そうとすれば, 本判決が証明妨害を認めなかった結論にはやや疑問が残る。

おり、100人規模の会社の場合、年間120万通の電子メールが扱われている計算となる^{*31}。アメリカにおけるディスカヴァリーは、電子メールやコンピューター内の電子文書を対象とすることが圧倒的に多くなり、それにかかる諸費用（関連性のある電子文書の検索、秘密特権の有無を調査するための弁護士、消去されたデータを回復させるなどの作業をする技術者の費用等）は相当のものである。「ズブレイク再考」事件は、一連のズブレイク決定とともに、その間の事情の一端を窺わせる資料として参考になる（なお、シャインドリン判事と二人のクラークは、本制裁申立て事件を処理するのに300時間近くを要し、そのために他の重要な本案事件の処理に手が回らなかったという^{*32}）。

本決定は、eディスカヴァリーにおける当事者の義務の内容、義務の発生時期、制裁の種類とその選択基準について整理しており、アメリカにおけるeディスカヴァリーの実情を知るのに良い素材である。本件を担当したシャインドリン判事は、この分野で最も著名な法律家であるから、ズブレイク各決定と同様、アメリカ国内のeディスカヴァリーを扱う法律家によって多く依拠されることと推測される。

また、本件は、原告側にディスカヴァリー上の義務違反があったとして制裁が課されたものとして特色がある。日本の企業ないしその子会社がアメリカで被告として訴訟に巻き込まれる事態に備えた対策の推進が求められてきたが、本決定により訴えを提起する側にもディスカヴァリー上の義務違反がないよう万全の対策が求められていることを再認識させられた。特に、リティゲイション・ホールド^{*33}をすべき時期についてシャインドリン判事は、「原告は訴えの提起時期を選べるため、原告の〈保存〉義務は、しばしば、訴訟が始まる前に駆動する」と述べ^{*34}、被告側より早く保存義務が発生するとされ、場合により思わざる制裁を課されることがあると覚悟しなければならない。

わが国ではアメリカのようにディスカヴァリー制度が採用されていないので、

*31 See ROTHSTEIN et al., *supra* note 5, at 3.

*32 See Pension Committee of the Univ. of Montreal Pension Plan v. Banc of America Securities, LLC, *supra* note 14, at 471, footnote 56.

*33 注17参照。なお、最近では、「リーガル・ホールドズ」(legal holds)の語も用いられる。See The Sedona Conf. WG1, *The Sedona Conference Commentary on Legal Holds: the Trigger & the Process*, 11 SEDONA CONF. J. 265 (2010).

*34 上記Ⅲ 1④参照。

本決定がわが国の民事訴訟に直接参考となるものではないが、電子情報が証拠として登場し、情報量が年々増加している状況の下、その収集、選択、メタデータ等による証明力の解析等、日米に共通する問題を検討するのに適切な素材として取り上げた。

附 録

シャインドリン判事による陪審に対する説示案^{*35}

被告らは、2Mら〈原告6名〉が、関連性のある証拠を破棄し、あるいは関連性のある証拠の破棄を防止しなかったと主張しました。これは「証拠毀損」と言われています。

証拠毀損とは、証拠の破棄又は訴訟の係属中ないし係属が合理的に予期できる場合に他人が証拠として用いるものを保存しないことです。〈原告により〉証拠毀損が起きたことを明らかにするため、被告らは次の二つの要件を証拠の優越をもって立証する責任を負います。

第一に、関連性のある証拠が保存義務の発生した後に破棄されたこと。

証拠に関連性が認められるのは、それが審理で問題となっている事実を明らかにし、そして当然に証拠として加えられたであろう場合です。

第二に、関連性のある証拠が保存義務の発生した後に破棄されたのであれば、失われた証拠が被告らに有利なものであったこと。

私は、法律問題として、原告らそれぞれが保存義務の発生した後に証拠を保存することを怠ったことをあなた方に説示します。この懈怠は、ディスカヴァリー上の義務を遂行するに当たって重過失があったことに帰因しています。その結果、あなた方は、もし選択するならば、かかる消失した証拠に関連性があり、被告らに有利な内容であったと推認することができます。この推認をどうかを決めるに当たり、あなた方は原告らの証拠保存を怠った行動の酷さを考慮に入れることができます。

しかしながら、原告らそれぞれが、(1)失われた証拠はないこと、(2)もし証拠

*35 685 F. Supp. 2d 456, 496.

が失われたとしても、それには関連性がないこと、(3)もし証拠が失われ、それに関連性があったとしても、被告らに有利な内容ではなかったことについて証拠を提出しています。

もしあなた方が失われた証拠の関連性又は被告らに有利な内容であったことについての推認を拒否する場合、あなた方が失われた証拠について考慮することは終わり、失われた証拠から何らの推論をも引き出してはいけません。

しかしながら、もしあなた方が失われた証拠に関連性があり、被告らに有利な内容であったと推認することを決めた場合、あなた方は次に原告2Mら〈6名〉がその推認を覆滅させたかどうかを決めなければなりません。もしあなた方が失われた証拠に関連性があるとか、被告らに有利な内容であるとかの推認を原告らが覆滅させたと決めた場合、あなた方は失われた証拠から原告らに不利な推論を引き出してはいけません。もし反対にあなた方が失われた証拠に関連性があり、被告らに有利な内容であったとの推認を原告らが覆滅させなかったと決めた場合、あなた方は原告らに不利で、被告らに有利な推論を引き出すことができます。つまり、失われた証拠は被告らに有利な内容であったということです。

原告らそれぞれは、あなた方による個々別々の判断を受ける権利があります。被告らが証拠毀損を証明したか否かは原告毎に個別的なものであり、あなた方は原告毎に別々に判断しなければなりません。