

平成 25 年 8 月 31 日

Eディスカバリの落とし穴

株式会社 Ji2

リーガル・ディレクター

弁護士・カリフォルニア州弁護士

城牆裕行

近年、米国訴訟において、Eディスカバリの不適切な対応により厳しい制裁が課せられるケースが後を絶たず、また、膨大な電子情報の開示に際し、誤って秘匿特権文書を開示することにより秘匿特権の放棄を認定されてしまうケースも出ています。また、Eディスカバリのコストは高ければ数千万円から数億円に上るものもあり、米国訴訟に関わる企業にとって大きな負担となっています。このような事情を背景に、米国に進出する日本企業にとってEディスカバリに対する備えは重大な関心事となっています。

しかし、具体的にどのようにEディスカバリに対応すればよいのかについての情報は、日本ではまだ十分であるとはいえない状況にあります。そこで、本稿では、特にEディスカバリにおける制裁の回避と秘匿特権文書の取り扱いの2つの観点から、Eディスカバリの対応を誤らないための具体的なポイントをいくつかご紹介します。

Eディスカバリとは

米国では、訴訟が提起されると、ディスカバリと呼ばれる当事者間の関連情報の開示手続きが始まります。ディスカバリにおいては、当事者が請求又は防御に関連する情報の開示を要求すれば、相手方当事者は原則として要求された情報を開示しなければなりません。開示対象となる情報には電子情報が含まれますが、電子情報のディスカバリに関しては民事訴訟規則などにいくつかの特則が定められており、電子情報のディスカバリを一般に「Eディスカバリ」と呼んでいます。

Eディスカバリの制裁

ディスカバリにおいては、開示義務、保全義務、当事者間の協力義務などの義務がありますが、これらの義務に違反した場合には制裁が課されることがあります。

ディスカバリ義務違反に対する制裁の内容は、違反の程度に応じてさまざまです。最も重い制裁としては即時判決や、訴訟の打ち切りがあります。多くの場合、このような重大な制裁を課するためには義務違反につき「悪意」(bad faith)が必要とされます。

訴訟の処分に至らないものの、訴訟に極めて大きな影響を与えるのが事実に関する主張や立証の制限を内容とする制裁です。例えば、ディスカバリ義務違反者に不利な事実の推定や、争点となる事実に関する証拠の提出を禁止されるなどの制裁があります。この他に、直接金銭の支払いを命じる制裁もあります。

また、制裁の申立が認められると、当該制裁申立の遂行に要した相手方の弁護士費用を含む訴訟費用の負担が命じられる場合があります。こうした費用負担だけでも数億円にのぼる場合があります、訴訟における敗訴に匹敵する経済的負担となることもあります。

制裁の原因となったディスカバリ義務違反のうち、最も多いのは保全義務違反です。保全義務とは、ディスカバリ対象となる可能性のある文書等を、保全義務が発生した当時の状況に保存する義務をいいます。保全義務に違反して開示対象となる文書等を削除・変更した場合、制裁の対象となります。

電子情報の保全の難しさ

連邦民事訴訟規則は、ディスカバリの対象となる電子情報について、「Electronically Stored Information」という用語を用いており、ワープロ文書や表計算文書などの文書ファイル、Eメール、画像ファイルなどのメディアファイル、システムファイル、プログラム、ログファイルなど、およそ電子的に保存

される情報はほぼすべてがこれに含まれることになります。また、ハードディスクやサーバーのほか、メモリーや携帯電話、PDA など、保存場所も問いません。

このように、Eディスカバリの対象となる電子情報は極めて広範囲にわたることから、自社がどこにどのような電子情報を保有しているのかを把握し、開示対象となる電子情報を特定することが容易ではありません。特に、社内のデータ管理を社員個人に任せてしまい、統一的な文書管理システムを有していない場合には、電子情報の特定に膨大な時間とコストを要することになりかねません。

また、電子情報は極めて容易に削除、変更されてしまうため、電子情報の管理に関する明確なルールを作成してその順守を徹底しておかなければ、社員個人の判断でディスカバリの対象となる電子情報が削除・変更されてしまう危険性があります。

さらに、毎日大量に作られる電子情報をすべて保存することはコストの面からもセキュリティの面からも好ましくありません。したがって、いかにして保全義務に違反することなく電子情報の管理を行うかが重要になります。

制裁を回避するための電子情報の管理

大原則として、電子情報を含む文書の管理に関していかなるルールを定めるかについては、当該企業の判断が尊重されます。したがって、企業が自ら定めたルールにしたがって電子情報を削除しても、原則としては何の問題もありません。

連邦民事訴訟規則第 37 条(e)のセーフ・ハーバー条項は、「通常の業務過程における電子情報システムの誠実な (in good faith) 運用によって、電子情報が失われ、その開示ができなかった当事者に対しては、裁判所は、例外的事情がない限り、制裁を課すことはできない」とその旨を明確に定めています。企業が電子情報の管理を行うにあたっては、このセーフ・ハーバー条項を念頭に置く必要があります。

(1) 体系的ルールの必要性

まず、電子情報の削除について制裁が課されないためには、「通常の業務過程における電子情報システムの運用により」削除がなされることが必要です。

このことは、セーフ・ハーバー条項が適用されるためには、その前提として、電子情報の管理に関わる「システム＝体系的ルール」が存在しなければならないこと、さらに電子情報の削除が当該システムにしたがって行われたものでなければならないことを意味します。換言すれば、体系的なルールが存在せず、又はルールがあってもそれに基づかず、恣意的な運用により開示対象となる電子情報が削除された場合には、保全義務違反と認定されてしまう可能性があります。

実際、当事者の情報保持の運用には一貫性がなく、電子情報の管理に関わる「システム」が存在せず、被告に適用される州図書館規則の情報保持規定も遵守されていないとして、セーフ・ハーバー条項の適用が認められなかったケースがありました。

(2) 不当な意図がないこと

次に、削除は「誠実に」なされなければなりません。したがって、将来における相手方の訴訟活動を妨害する意図で電子情報を破棄したような場合には、たとえ電子情報の管理システムに基づいた削除であっても、セーフ・ハーバー条項による保護はありません。

削除が誠実になされたかどうかは事実認定の問題ですが、訴訟の直前に電子情報管理システムを導入又は変更して大量の電子情報を削除するような場合には、訴訟妨害の意図を認定されないよう十分に留意する必要があります。また、一貫性のない削除は誠実性を疑わせる事情となる可能性がありますので、システムの導入だけでなくその遵守の徹底についても十分な努力を行う必要があります。

(3) 保全義務発生前の削除であること

条文上の規定はありませんが、セーフ・ハーバー条項は、保全義務発生後には適用されないというのが裁判所の一貫した判断です。したがって、保全義務発生後

は、たとえ文書管理システムに則ってなされた削除であっても、制裁の対象となりえます。そのため、保全義務の発生時期について明確な認識を持つことが重要です。

保全義務が発生するのは、「訴訟が合理的に予見可能となった時点」です。これは客観的な判断なので、当事者が実際に訴訟を予見していたか否かに関わらず、訴訟を予見し得たと合理的に判断できる客観的状況があれば保全義務の発生が認定されてしまいます。

訴状を受領した時点がそのような状況にあたることは当然ですが、実際の事例の中には、特許権侵害の警告書を受領した時点や、訴訟を予期して弁護士に委任した時点、同一技術に対する他社の特許権侵害訴訟を認識した時点等において保全義務の発生が認定されたものも存在します。時には、実際に訴訟が提起される数年前に保全義務の発生が認定されるケースもあります。

したがって、企業としては、自社をとりまく様々な紛争の兆候を見逃さないよう注意する必要があるでしょう。

(4) 保全義務発生後の対応

前述のとおり、保全義務が発生すると、通常の業務過程における電子情報の削除であっても制裁の対象となります。したがって、訴訟を予見したら、速やかに関連する文書や電子情報を特定して、関係者に対して対象文書を保全するよう通知をする必要があります（訴訟ホールド通知）。

訴訟ホールド通知は、関連する文書等を保有している可能性のあるすべての人を対象とし、通知を受領した人が具体的にどのような対応をとればよいのかが明確にわかるように記載すべきです。通知は、受領者が理解できる言語で書かれたものでなければなりません。

また、メールアーカイブが一定期間を経過したメールを自動的に削除する設定になっている場合には、そのような設定を解除するなど、保全義務発生後に関連

するメールが削除されないように積極的な措置を講ずる必要があります。

その他に、定期的に取り換えられるバックアップテープの中に含まれている電子情報が含まれている可能性がある場合には、バックアップの取り換えを停止すべきかどうかについて弁護士の意見を求めることをおすすめします。これは、バックアップテープのようにデータへのアクセスに多大な時間と費用を要するメディアについては、一定の場合を除き電子情報の開示義務がないとされているためです。

秘匿特権の取り扱い

Eディスカバリにおいては、秘匿特権やワーク・プロダクトの保護を受ける文書は原則として開示する必要がありません。

しかし、秘匿特権文書を誤って開示した場合、秘匿特権が放棄されたものとみなされる場合があります。秘匿特権の放棄が認められると、当該秘匿特権文書のみならず、同一の主題に関する全ての秘匿特権が放棄されたとみなされてしまう可能性があります。

特に大量の電子情報を開示する E ディスカバリにおいては秘匿特権文書の取り扱いが重要になります。

(1) 誤開示防止のための措置

まず、当然ですが、誤って秘匿特権情報を開示しないことが重要になります。そのためには、誤開示を防止するための十分な措置を講じておくことが必要です。

他方で、秘匿特権文書の特定のために膨大なコストをかけることも現実的ではありません。Eディスカバリにおいては、数万から数百万もの大量の電子ファイルの中から、開示を要求されている電子情報を特定し、さらにその中から秘匿特

権文書を特定して、最終的に開示する電子情報を特定します。

実際の作業では、秘匿特権文書を特定するために、弁護士や法律事務所の名前でキーワード検索を行ったり、メールアドレスでフィルタリングを行いますが、そのような方法でヒットしない場合もあるため、通常は最終的には人間の目でレビューをして秘匿特権文書を特定します。完璧を期するためには、すべての開示対象文書を弁護士がレビューすることが望ましいといえますが、それには膨大な費用がかかります。

したがって、できる限りコストを抑制しつつ、秘匿特権文書の誤開示防止の効果をあげるためには、秘匿特権文書が特定できるよう予め情報管理について何らかの工夫しておくことが重要になります。その方法としては、秘匿特権文書を他の文書と区別して特定の場所に保存しておくことが一番よいのですが、現実にはなかなか難しいと言わざるを得ません。

現実的な方法としては、ディスカバリの際に秘匿特権文書にあたる情報を検索しやすいように、ファイル名や文書中にキーワードを入れたり、ファイルにタグをつけたりする方法が考えられます。

この点について注意する必要があるのは、企業の機密情報と秘匿特権情報の区別をせず、あらゆるメールや文書に秘匿特権文書である旨の表示をしてしまうことにより、結局はディスカバりに際して秘匿特権文書を効率的に特定することができなくなってしまうことです。

もちろん、秘匿特権文書の該当性を判断するのは簡単ではないので、秘匿特権文書に該当する可能性のある文書は秘匿特権文書として取り扱っておくことが望ましいのですが、あまり広く含めてしまうとディスカバリにおける秘匿特権文書の特定に役立たないということになってしまう可能性があります。

(2) 誤開示が秘匿特権の放棄とならないための要件

以上のような防止措置を講じていたとしても、膨大な電子情報の中から完璧に

秘匿特権文書を特定することは困難であり、誤開示が生じることがあります。そのような場合においても、秘匿特権の放棄と認定されないために知っておくべき規定として、連邦証拠規則第 502 条(b)があります。

同条は、(1)秘匿特権の開示が意図的なものでない場合、(2)誤開示をした当事者が誤開示を防止するための合理的な措置を講じており、(3)誤開示につき速やかに是正措置を講じた場合には、連邦裁判所及び州裁判所の手続きにおいて秘匿特権の放棄とならないと規定しています。

したがって、ディスカバリに対応する当事者としては、誤って秘匿特権文書を開示してしまった場合にも秘匿特権の放棄の認定が回避できるように、秘匿特権を含む電子情報が開示されないよう合理的な措置を講じておくことが必要になります。

このような合理的措置の中には、キーワード検索やメールアドレスによるフィルタリング、レビューにおける秘匿特権文書を特定するための適切なマネジメントなどが含まれます。前述のような秘匿特権文書の特定可能性を高める努力もこれに含まれるでしょう。

また、「速やかな是正措置」とは、開示した文書の中に秘匿特権文書が含まれていると認識した時から速やかに秘匿特権文書の誤開示があった旨を相手方に伝え、その返還を要求することを意味します。

(3) クロー・バック合意の活用

実際の実務では、相手方当事者との間でクロー・バック合意を締結することにより誤開示による秘匿特権の放棄を回避する場合があります。クロー・バック合意とは、誤って秘匿特権文書を開示した場合の是正措置を定めるとともに、誤開示が秘匿特権の放棄とならない旨の合意をすることです。

このような合意をすることで、秘匿特権文書を誤って開示した場合でも、秘匿特権の放棄とならないことになります。

但し、クロー・バック合意は当事者間の契約にすぎないため、その効果を他の第三者にも主張するためには当該合意を内容とする裁判所の保護命令を得る必要があります（連邦証拠規則第 502 条(e)）。

このようなクロー・バック合意を活用することにより、秘匿特権文書の特定にかける労力を少なくし、レビューのコストを抑制することができます。

以上のように、事前事後の対応さえきちんとしておこなえば、秘匿特権文書の誤開示があっても秘匿特権の放棄の認定を回避することも可能です。

終わりに

本稿では保全義務違反による制裁の回避と秘匿特権文書の取り扱いについていくつかのポイントを簡単にご紹介させていただきました。Eディスカバリについては技術的な難しさと法律的な難しさが混在しており、対応に苦慮されている企業担当者の方も多いのではないかと思います。基本的な考え方を知り、弁護士等の専門家の助言を得ながら丁寧に対応すれば、いたずらに恐れる必要はありません。とはいえ、Eディスカバリの分野はまだ新しく、事例を積み重ねながらルールが形成されている途上ですので、Eディスカバリに関する実務の動向については、日常から関心を持って情報収集をされることをおすすめします。

著者略歴

2006年 弁護士登録（東京弁護士会）、東京新生法律事務所
2011年 米国カリフォルニア州司法試験合格、弁護士登録
2011年～現在 株式会社 Ji2

主な取扱分野

Eディスカバリ、コンプライアンス、国内・国際取引、英文契約、訴訟、一般民事

主な活動

Eディスカバリ関連の法務・知財担当者向けセミナー多数

お問い合わせ先

株式会社 Ji2

〒160-0023 東京都新宿区西新宿 7-21-1 新宿ロイヤルビル 7F

電話: 03-5937-0580 Fax: 03-5937-0581

<http://www.ji2.co.jp>

hshirogaki@ji2.co.jp

米国法人:

Ji2,Inc. (ロサンゼルス)

10870 Walker St., Cypress, California 90630, U.S.A.

Email: info@ji2.com

台湾支社:

Ji2,Inc. Taiwan Branch (台北)

14F-1, No 51, Sec 2, Keelung Rd, Taipei 11052, Taiwan

日商極爾通法科技股份有限公司

台北市信義區基隆路二段 51 號 14 樓之一

info@ji2.com.tw

掲載日 : 2013 年 9 月 19 日