

2015年改正連邦民事訴訟規則37条（e）の行為規範性

-規則37条（e）による制裁と固有権による制裁との分水嶺-

メタデータ	言語: jpn 出版者: 明治大学社会科学研究所 公開日: 2019-09-30 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 柳川, 鋭士 メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/10291/20445

《個人研究(2016年度～2017年度)》

2015年改正連邦民事訴訟規則37条(e)の行為規範性 —規則37条(e)による制裁と固有権による制裁との分水嶺—

柳川 鋭士*

The Norm of Conduct under the 2015 Amendments to Federal Rules of Civil Procedure 37(e): How to Draw a Bright Line between Sanctions based on the FRCP 37(e) and Sanctions based on the Inherent Authority

Eiji Yanagawa

1. はじめに
2. 2015年改正連邦民事訴訟規則37条(e)
 - (1) 条文の構造
 - (2) 改正後の裁判例による規範の明確化 —典型事案—
3. 固有権限
4. 改正後の裁判例の動向に基づく行為規範性の検討
 - (1) 固有権型事案
 - (2) 規則37条(e)不適用事案
 - (3) 検討

1. はじめに

eディスカバリーに関する制裁発動に関し、米国の連邦裁判所において、一定の要件の下において訴訟提起前に(潜在的)当事者はコモン・ロー上の固有権(又は固有権限)(英文ではinherent authority又はinherent powerと称される)に基づき証拠保存義務を負うものと解されており¹、当事者が「係属中又は将来の訴訟と関連し得る証拠として知った又は知りうべきであったとき」から当該

¹ See, e.g., *Silvestri v. Gen. Motors Corp.*, 271 F. 3d 583, 590 (4th Cir 2001) [hereinafter *Silvestri*]; THE SEDONA CONFERENCE, *The Sedona Conference Commentary on Legal Holds, Second Edition: The Trigger & the Process* (2018) at 2.

*法学部専任講師

当事者にはその保有又は支配する証拠について保存義務が発生すると考えられてきた²。当該証拠保存義務違反における制裁発動の要件については巡回区毎に異なっていたため、当該制裁に関する予測可能性が確保されていなかった。そのため特に膨大かつ保存コストが多額となり得る電子保存情報 (ESI) の保存が問題となり、2006年改正に引き続き、2015年にも連邦民事訴訟規則 37 条 (e) が改正された。もっとも、規則 37 条 (e) の当該改正当初から指摘されていた規則 37 条 (e) の要件の解釈問題に加え、その延長線上の問題として、改正規則 37 条 (e) 施行後の裁判例から同規則に基づく制裁と固有権に基づく制裁との適用範囲の問題が発生している。そこで、改正規則施行後の裁判例の状況³を踏まえて、電子保存情報 (ESI) に関わる規則 37 条 (e) による制裁と固有権による制裁の行為規範性の問題を中心に検討する。

2. 2015年改正連邦民事訴訟規則37条 (e)

(1) 条文の構造

2015年改正連邦民事訴訟規則 37 条 (e)⁴ (以下「規則 37 条 (e)」という。) に基づく効果としての制裁は、次のとおりである。

【規則 37 条 (e) (1) の制裁】

不利益を回復するため必要な限度において回復措置を命ずる。

【規則 37 条 (e) (2) の制裁】

- (A) 喪失情報が当事者にとって不利益であることを推定することができ、
- (B) 陪審員に対し情報が当事者にとって不利益であることを推定すべき又は推定できることを説示することができ、又は
- (C) 訴え却下又は欠席判決をすることができる。

² See e.g., Advisory Committee on Rules of Civil Procedure, Agenda Book, November 1, 2011, at 101-107, available at <http://www.uscourts.gov/rules-policies/archives/agenda-books/advisory-committee-rules-civil-procedure-november-2011>

³ See e.g., THE SEDONA CONFERENCE, Kenneth J. Withers, editor, *Selected eDiscovery Case Law December 1, 2015-December 31, 2016 [Updated July 17]*; John J. Rosenthal, et al. & Kenneth J. Withers of The Sedona Conference, *2017 EDISCOVERY CASE LAW UPDATE*.

⁴ FED. R. CIV. P. 37(e). 原文は以下のとおりである。

Rule 37. Failure to Make Disclosure or to Cooperate in Discovery; Sanctions

(e) **Failure to Preserve Electronically Stored Information.** If electronically stored information that should have been preserved in the anticipation or conduct of litigation is lost because a party failed to take reasonable steps to preserve it, and it cannot be restored or replaced through additional discovery, the court:

- (1) upon finding prejudice to another party from loss of the information, may order measures no greater than necessary to cure the prejudice; or
- (2) only upon finding that the party acted with the intent to deprive another party of the information's use in the litigation may:
 - (A) presume that the lost information was unfavorable to the party;
 - (B) instruct the jury that it may or must presume the information was unfavorable to the party; or
 - (C) dismiss the action or enter a default judgment

規則 37 条 (e) (2) 規定の制裁が規則 37 条 (e) (1) の制裁よりも厳しいものであることから、後者の制裁発動要件は、前者よりも厳しいものとなっている。

規則 37 条 (e) (1) の制裁発動要件は、①訴訟係属中又は訴訟予期時において保存すべき電子保存情報について⁵、②保存のための合理的措置を懈怠し、③当該懈怠により当該情報を喪失し、④追加ディスカバリーによって証拠を回復又は代替することができないことを『前提要件』(①乃至④は規則 37 条 (e) (1) 及び (2) 共通の要件) として、相手方当事者の不利益が認められた場合(『規則 37 条 (e) (1) 固有要件』)には規則 37 条 (e) (1) の制裁が発動され、当事者が相手方当事者の訴訟における情報の利用を妨げる意図をもって行為したことが認められた場合(『規則 37 条 (e) (2) 固有要件』)には、規則 37 条 (e) (2) の制裁が発動される⁶。

(2) 改正後の裁判例による規範の明確化 — 典型事案 —

上記 (1) の要件は裁判例を通じてより具体化され明確な行為規範となる。例えば規則 37 条 (e) 改正後、規則 37 条 (e) (2) に基づき陪審への不利益推認説示を認めた裁判例である DVComm, LLC v. Hotwire Communications, LLC⁷(以下「DVComm 判決」という。)は、原告 DVComm, LLC が被告 Hotwire Communications, LLC 及び Hotwire Communications, Ltd. のために、アトランタ地域の光ファイバーネットワーク創設に関するビジネスプランを作成し当該プラン利用に関わる守秘義務契約を被告との間で締結していたところ、被告に当該契約(当事者間の潜在的事業取引以外で当事者は秘密情報を利用することができない)違反があったことを理由として原告が被告を訴えた事案に関するもので、当該ビジネスプランが被告に対し開示した時点において公知性等の守秘義務契約上の免責規定に該当するかどうか争点になったものである。証拠上最大の問題は、第三者である AT&T との間での当該ビジネスプランのラフドラフト(草稿)のやり取りの有無であった。ディスカバリー手続の中で、原告のエージェント(オーナー)が、旧雇用主であった AT&T は当該ビジネスプランについて知悉していない等と証言した。しかし、裁判所の召喚に基づき AT&T から提出された証拠、さらには被告のフォレンジックコンピュータコンサルタントによる調査により、当該証言とは異なり、AT&T の仲間との E メール及びラフドラフト(草稿)の存在を示唆する E メール(デジタル・フォレンジックにより E メールが復元されたが、添付ドラフトは復元できなかった)が発覚した。また当該 E メールが当該原告のエージェントによって二重消去(double deleted)、すなわちごみ箱フォルダーに移動のうえさらに消去されていることが当該フォレンジックコンピュータコンサルタントに

5 2006 年の連邦民事訴訟規則改正の際にも証拠保存義務を定義すべきか検討されたが、結局その立法化の困難さから連邦民事訴訟規則において証拠保存義務の発生要件については直接規定されていない。See, e.g., THE SEDONA CONFERENCE, *The Sedona Conference Commentary on Legal Holds: The Trigger & the Process*, 11 SEDONA CONF. J. (2010) at 267; ADVISORY COMMITTEE MINUTES, Apr. 14-15, 2005, at 39-40; copy available at <http://www.uscourts.gov/rules-policies/archives/meeting-minutes/advisory-committee-rules-civil-procedure-april-2005>

6 See Eric P. Mandel, *Fed. Rule of Civil Procedure 37(e) Flow Chart*, available at https://docs.wixstatic.com/ugd/a686f8_61423f167afe431299202ea9023a6d2d.pdf

7 DVComm, LLC v. Hotwire Communications, LLC, No. 14-5543, 2016 WL 6246824 (E.D. Pa. Feb 3, 2016); 2016 WL 2858826 (E.D. Pa. May 13, 2016).

よって証言され、当該ビジネスプランの当初のラフドラフト（草稿）は永久に復元できなくなったため、被告が制裁の申立てを行った。

裁判所は、証拠の優越の基準をもって証明が必要な規則 37 条 (e) の要件につき、規則 37 条 (e) の『前提要件』として、補充解釈を展開しつつ、①証拠の喪失（当事者が故意に証拠を破棄したが第三者から当該証拠を得られる場合「喪失」に該当せず）、②追加のディスクバリーによって当該証拠が回復又は代替され得ないこと、③当該喪失が保存のための合理的措置を懈怠したことによること（客観テストで、合理的措置を評価するに際し、裁判所は訴訟に関し当事者の洗練性を考慮（規則 37 条 (e) 諮問委員会注釈）。洗練された当事者は保存義務の認識を高く期待される。）、を挙げる。『規則 37 条 (e) (1) 固有要件』については、不利益・侵害 (prejudice) が前提条件であり、規則 37 条 (e) (1) の回復措置には規則 37 条 (e) (2) の制裁は含まないとしつつも、規則 37 条 (e) (2) の制裁以外でも重い制裁は規則 37 (e) (1) の下でも課すことができるとし、例えば、特定された事実が確定されたものとして指示すること、証拠保存を懈怠した当事者が特定の請求原因又は抗弁を支持又は反対することを禁止すること、証拠保存を懈怠した当事者が証拠上の特定事項を持ち出すことを禁止すること、訴答書面を取下げること、保存懈怠に関する証拠提出や主張を認めること、保存懈怠に関する証言や主張の評価を補強するような、不利益説示以外の陪審への指示をすることができるとする。『規則 37 条 (e) (2) 固有要件』については、規則 37 条 (e) (2) に規定される制裁においては主観的意図が認定されなければならない。もっとも、悪意 (bad faith) の証明は要求されず、単に「相手方当事者の訴訟における情報の利用を妨げる意図」の証明が要求されるだけであるとして、裁判所は悪意と『規則 37 条 (e) (2) 固有要件』を区別する。また、不利益・侵害 (prejudice) の証明は規則 37 条 (e) (2) に規定される制裁においては前提条件ではないが、救済を検討する際には考慮され得るとし、より詳細には、規則 37 条 (e) (2) における制裁を課すためには、5つの要素：(1) 証拠破棄によって不利益・侵害があったかどうか、(2) 当該不利益・侵害が回復されるかどうか、(3) 当該証拠が實際上重要かどうか、(4) 破棄した当事者が善意か悪意か (good or bad faith)、(5) 当該証拠が排除されなければ濫用されるおそれがあるかどうか、以上の5つの要素を考慮するとの補充解釈を展開する。裁判所が、当該要素の文脈の中で、破壊が意図的であればあるほど当該証拠が破棄当事者にとって有害なものであるとの推定がより信頼できること等を述べていることから、『規則 37 条 (e) (2) 固有要件』の認定における情況証拠としての検討要素を示しているとも言い得る。

規則 37 条 (e) (2) に基づく陪審への不利益推認説示を否定した裁判例である *Freidman v. Phila. Parking Auth.*⁸（以下「Freidman 判決」という。）も、DVCComm 判決と同様に規則 37 条 (e) の解釈指針を示す裁判例と言える。『前提要件』である訴訟係属中又は訴訟予期時において保存すべき電子保存情報であることとの要件について、DVCComm 判決よりも詳細に規則 37 条 (e) の証拠保存の基準について明記しているものではないが、証拠保存義務はコモン・ロー上発生するものであることが

8 *Freidman v. Phila. Parking Auth.*, No. 14-6071, 2016 WL 6246814 (E.D. Pa. Mar. 10, 2016).

ら、証拠保存義務に関する既存の法は規則 37 条 (e) の改正によって特に変更はない旨明確に述べている。Freidman 判決では、当事者の洗練性の点について、将来の訴訟に関連し得る証拠であると知り得べき場合には証拠保存義務が発生することになることから、洗練された当事者ほど証拠保存義務が発生し得ることを示している。Freidman 判決は制裁を否定した事案であるが、改正規則 37 条 (e) (2) の要件は過失や重過失では十分ではない点を明確に示している。本件はアーカイブシステムの移行に伴い電子保存情報が喪失してしまった事案であるが、被告が、相当の労力と費用により、電子保存情報の回復と代替に努めたのに対し、原告が『規則 37 条 (e) (2) 固有要件』を証明する追加的証拠も特に提出せず当該要件を満たさなかったために制裁が否定された。

DVComm 判決も Freidman 判決も、裁判所は、訴訟の濫用を止めるため固有権限に基づく適切な救済を課すための広い裁量が裁判所には与えられているとして、訴訟上の非行 (litigation misconduct) に対しては裁判所の固有権限 (the Court's inherent power) に基づいて制裁が課され得ることを明確に述べている。

3. 固有権限

規則 37 条 (e) は、Freidman 判決のとおり、証拠保存義務の発生要件については直接規定していない。米国の連邦裁判所において、一定の要件の下で訴訟提起前に訴訟当事者となり得る者は (コモン・ロー上の) 固有権 (inherent authority 又は inherent power) に基づく証拠保存義務を負うものと解されている⁹。固有権は、連邦裁判所の命令に従わない当事者に対し裁判所侮辱として法律上の直接の根拠がないとしても制裁を課し得る裁判所の有する権限と解され、判例を通じて確認され形成された権限である¹⁰。固有権について、司法部に広く固有権が認められるべきとする見解と狭く認められるべきとする見解 (司法部の固有権の捉え方に応じて立法部の司法に関する権限も呼応する) がある¹¹。すなわち、憲法上、司法部にはもともと制限が課され、立法部が司法部の管轄、構成に関する権限を有し、立法部が実体上及び手続上双方を規制する連邦法の立法権限を有していること等を根拠として、司法部の固有権については狭く捉える見解¹²と、アメリカ独立革命前に英国裁判所が固有権に依拠していた伝統を合衆国憲法制定後も承継しているという歴史的背景、憲法上の三権分立において憲法第 3 条は司法権を最高裁判所及び下級裁判所に付与していること、起草者の意図等を根拠として

9 証拠保存義務の発生要件等については、拙稿「民事訴訟手続における証拠保存義務—訴え提起前の証拠保存義務を中心として—」法論 88 巻 2・3 号 51 頁以下、規則 37 条 (e) の 2015 年改正経緯については、同「電子保存情報の証拠保存義務—2015 年改正連邦民事訴訟規則 37 条 (e)—」法論 88 巻 6 号 199 頁以下参照。

10 See, e.g., *United States v. Hudson & Goodwin*, 11 U.S. (T. Cranch) 32, 34 (1812) [hereinafter *Hudson*]. 高橋脩一「『実体』法の実現における『手続』の役割—アメリカ連邦裁判所の民事手続制定過程を巡る議論から (一)—」法協 132 巻 3 号 384 頁以下、伊藤正巳「法の支配」283 頁以下 (有斐閣、1954) 参照。

11 See Hon. James C. Francis IV & Eric P. Mandel, *Limits on Limiting Inherent Authority: Rule 37(e) and the Power to Sanction*, 17 Sedona Conf. J. 620 (2016) [hereinafter *Francis IV*].

12 *Id.* at 620. See also, Robert J. Pushaw, Jr., *The Inherent Powers of Federal Courts and the Structural Constitution*, 86, IOWA L. REV. 735 (2001) [hereinafter *Pushaw*].

司法部の固有権について広く捉える見解¹³である。

それでは、判例は固有権についてどのように捉えているか。固有権について言及している判例は、制裁に関する権限としての固有権と訴訟管理に関する権限としての固有権に関する判例が存在する¹⁴。裁判所侮辱に対する制裁権限としての固有権について、*Hudson* 事件では、連邦裁判所は立法部により法律上付与された権限とは別の一定の黙示的権限 (certain implied powers) や固有権 (inherent authority) を有するとされ、古くから固有権として当該制裁権限を有することが確認されている¹⁵。固有権 (inherent authority 又は inherent power) に基づく証拠保存義務違反の制裁に関連する判例及び裁判例を検討する場合、*Chambers v. NASCO*¹⁶ 事件は、証拠保存義務に関連する下級審判決においてもしばしば引用されるように、重要な位置を占める。本件は、テレビ放送局の単独株主で役員であった上訴人 *Chambers* が被上訴人 *NASCO* 社と放送設備等の譲渡合意があったにもかかわらず、*Chambers* が翻意し履行しなかったため、*NASCO* 社が当該特定履行を求めて訴えを提起した事案である。当該訴訟提起前及び提起後に、*Chambers* が当該履行を阻止するため、一方的緊急差止命令 (TRO) の管轄権を喪失させるための仮装的な信託譲渡、理由のない申立てや訴訟引き延ばし行為等を行ったため、連邦民事訴訟規則 11 条や 28 U.S.C. § 1927 で制裁を課し得ない場合でも、連邦地裁は固有権限 (inherent power) を根拠として、*Chambers* に対し、*NASCO* 社側弁護士費用全額の支払いの制裁を課した。最高裁の多数意見は、法規に依拠できる場合には法規に依拠すべきとしつつも、手続保障が確保された裁量権 (informed discretion) の範囲内で、固有権によって制裁を課し得るとして連邦地裁の判断を支持した¹⁷。この *Chambers* 判決を踏まえて、訴え提起前の証拠保存義務違反に明確に焦点を当てて固有権に基づき制裁を課した下級審判決は多く存在する¹⁸。著名な *Silvestri* 判決では、訴え提起前の証拠破棄に対する制裁を認め、その根拠として固有権に言及し、*Chambers* 判決を引用している。*Silvestri* 判決では、交通事故によって怪我をした原告 *Silvestri* が、被告 *GM* の自動車 (原告の夫が所有者) のエアバックに欠陥があり当該エアバックが展開しなかったため怪我をしたとして、被告 *GM* を訴えた。当該訴え以前において、*Silvestri* の親が弁護士を雇い、当該弁護士は事故鑑定人 (accident reconstructionist) に事故調査を委託し、当該事故車を調査した。訴訟を前提 (予期) としていたにもかかわらず、原告自身も弁護士も当該事故車を事故当時のまま保管せず、また被

13 *Francis IV*, *supra* note 11 at 623.

14 高橋・前掲注 (10)132 頁以下。

15 See *Hudson* at 34. See also, *Francis IV*, et al, *supra* note 11 at 632. 高橋・前掲注 (10)385 頁、伊藤・前掲注 (10)291 頁。

16 *Chambers v. NASCO, Inc.*, 501 U.S. 32 (1991) [hereinafter *Chambers*]. 邦語文献として、宇野聡 [判批] アメリカ法 (1992-2)342 頁以下。

17 もっとも、訴え提起前の証拠保存義務に関する裁判例でしばしば引用される判例ではあるが、本事案では訴え提起前の当事者の行動だけが問題となったわけではなく、*Scalia* 裁判官や *Kennedy* 裁判官等は、本件における訴え提起前の当事者の行動に対する固有権に基づく制裁について反対している。See, e.g., *Joshua M. Koppel, Federal Common Law and the Court's Regulation of Pre-litigation Preservation*, 1 *Stan. J. Complex Litig.* 102, 106-108 (2012).

18 See, e.g., *Silvestri v. Gen. Motors Corp.*, 271 F. 3d 583, 590 (4th Cir 2001); *Pension Committee of the University of Montreal Pension Plan v. Banc of America Securities, LLC*, 685 F. Supp. 2d 456, 466 (S.D. N.Y. 2010); *Victor Stanley, Inc. v. Creative Pipe, Inc.*, 269 F.R.D. 497, 533-534 (D. Md. 2010) [hereinafter *Victor Stanley*]. 邦語文献として、土井悦生 = 田邊政裕『米国ディスカバリーの法と実務』(発明推進協会、2013) 133 頁、156 頁以下参照。

告に対し（当該事故車の調査の機会を与えるため）通知もせず、当該事故車を第三者に売却してしまった（その後当該事故車は修理されたため、事故時のエアバックの状況等の調査ができなくなった）。連邦巡回控訴裁判所は、Chambers 判決を引用のうえ、「証拠破棄に対して制裁を課す権利は、司法過程及び訴訟（the judicial process and litigation）をコントロールするための裁判所の固有権限（a court's inherent power）に由来する」¹⁹とし、「裁判所の当該固有権限の背景にある政策は、真実を発見する司法過程（the judicial process）に対する信頼を維持するよう、当該司法過程の完全性（integrity）を保持する必要性にある」²⁰と言及し、原告 Silvestri は証拠保存義務に反して、当該事故車を保管せず、被告 GM にも通知せずに当該事故車の調査の機会を奪っていることから、被告 GM の不利益・侵害の程度は大きいとして、連邦地裁の当該訴えの却下命令を支持した。Silvestri 判決に見られるように、真実発見のための事実認定プロセスを重視する米国民事裁判手続においては、当該プロセスにおける証拠の重要性に鑑み、訴え提起前であっても証拠保存義務を認め、当該義務違反に基づき当該プロセスを侵害する事態が生じた場合には、裁判所は、固有権に基づいて制裁を課している²¹。判例及び裁判例上は、固有権につき裁判所の裁量を広く捉えていると言い得るが、他方で民主主義的統制から隔絶していることもあって、抑制的であればならないとされており²²、後述の固有権型事案の判決についてもその意識はみられる。

4. 改正後の裁判例の動向に基づく行為規範性の検討²³

改正後の裁判例の動向は、大きく3つに分けられる。すなわち、①改正後の規則37条(e)が想定する類型の事案について、当該規則37条(e)を解釈し当該規則の適用を検討した事案（以下「典型事案」という。）、②改正後の規則37条(e)が想定していない類型の事案について固有権に基づく制裁を検討した事案（以下「固有権型事案」という。）、③改正後の規則37条(e)が想定する類型の事案にもかかわらず、改正後の規則37条(e)が適用されなかった事案である（以下「規則37条(e)不適用事案」という）。

DVComm 事案や Freidman 判決が典型事案の一例である。規則37条(e)の要件を検討のうえ制裁の可否を決するが、規則37条(e)(2)規定の不利益推認等の制裁については、『規則37条(e)(2)固有要件』の充足が必要であり、当該要件を充足しないため不利益推認等の制裁が否定された裁判例も多い²⁴。

19 See *Silvestri*, 271 F.3d at 590.

20 *Id.* at 590.

21 See, e.g., *Francis IV*, *supra* note 11 at 648.

22 高橋・前掲注(10)388頁以下参照。

23 See, e.g., Thomas Y. Allman "Amended Rule 37(e): Case Summaries" dated May 27, 2017; available at <https://law.duke.edu/sites/default/files/centers/judicialstudies/judicature/2017rule37etodaycasesummaries.pdf>

24 *Id.* at 1.

固有権型事案は、規則 37 条 (e) の適用が想定されていないと考え得る事案²⁵について、固有権に基づく制裁が検討された事案であり、改正後の規則 37 条 (e) が想定していない類型の事案と言い得るのかどうか検討を要する。

規則 37 条 (e) 不適用事案は、「規則 37 条 (e) (2) 固有要件」との関係で特に問題となる。過失 (negligence) 又は重過失 (gross negligence) による不利益推認を認めた Residential Funding 判決²⁶に対して、規則 37 条 (e) は、相手方当事者の訴訟における情報の利用を妨げる意図 (the intent to deprive another party of the information's use in the litigation) があって初めて不利益推認を認めるものとして、Residential Funding 判決の判断枠組みを採用しないことを明確にしている (Freidman 判決でも言及されている)。しかし、規則 37 条 (e) 不適用事案では、規則 37 条 (e) の適用上、制裁が認められない事案にもかかわらず、特に当該規則を検討せず、従前の先例などにに基づき制裁を課している事案もあり、相当問題である。以下、固有権型事案、及び当該事案と識別が必要な規則 37 条 (e) 不適用事案を中心に当該特徴を示す裁判例を概観する。

(1) 固有権型事案²⁷

固有権型事案としては、規則 37 条 (e) の適用対象外の事案類型となる、①物証破棄事案²⁸、②悪意型事案、③未遂事案²⁹、④証拠変更・改ざん事案 (未遂事案の派生形)³⁰、⑤証拠利用妨害事案 (メタデータ破棄等)³¹が挙げられる。①物証破棄事案は規則 37 条 (e) の規則制定段階でも検討されていたとおりこれまでの裁判例に従うこととされ、規則 37 条 (e) 改正後も従前どおり固有権に基づく証拠保存義務と義務違反に対する制裁が想定されている。③及び⑤については規則 37 条 (e) 改正前の裁判例において固有権に基づく制裁が認められており、規則 37 条 (e) 制定後の②及び④に関する裁判例が悪意型事案及び改ざん型の未遂事案の固有権に基づく制裁を肯定していることから、同一線上の事案類型として、規則 37 条 (e) 改正後も固有権に基づく制裁が認められるものと思われる。そこで、上記②及び④の類型のみならず、③及び⑤の類型の今後の固有権に基づく制裁にも参考となることから、②悪意型事案及び④証拠変更・改ざん事案の規則 37 条 (e) 改正後の裁判例について概観する。

25 規則 37 条 (e) より制裁が課し得る事案について、固有権に基づく制裁は排除されないが、固有権に基づく制裁が最も意義を有するのは、規則 37 条 (e) の適用外の事案における固有権に基づく制裁の可否である。

26 Residential Funding Corp. v. DeGeorge Financial Corp., 396 F. 3d 99, 113 (2d Cir. 2002) [hereinafter *Residential Funding*].

27 See, e.g., Francis IV, *supra* note 11 at 648.

28 Silvestri 判決がまさに物証破棄事案の典型である。規則 37 条 (e) は電子保存情報を前提要件としているため、電子保存証拠以外の物証等の破棄については固有権に基づく制裁発動が必要となる。この点は規則改正検討の際に、先例の基準が明確であることや混乱を避けるため、この点の改正はなされなかった。See e.g., Memorandum from Judge David G. Campbell, Chair, Advisory Comm. On Fed. Rules of Civil Procedure to Judge Jeffrey Sutton, Chair, Standing Comm. On Rules of Practice and Procedure 35 (May 2, 2014), available at <http://www.uscourts.gov/rules-policies/archives/agenda-books/committee-rules-practice-and-procedure-may-2014#pagemode=bookmarks>

29 See, e.g., Victor Stanley, 269 F.R.D. 497 at 533-534.

30 証拠破棄の定義においては、一般的に変更・改ざんは含まれている。(証拠)破棄は、証拠 (通常は文書) につき意図的に破棄、切断、改変、又は隠匿することを意味するとされている。Black's Law Dictionary 1620 (10th ed. 2014).

31 See, e.g., Francis IV, *supra* note 11 at 659.

① Hsueh v. N.Y. State Dep't of Fin. Servs.³² (以下「Hsueh 判決」という。)(悪意型事案)

【事案の概要】

原告はニューヨーク州の金融サービス部 (DFC) の (元) 同僚からセクシャルハラスメントを受けたとして、人事部に相談する等していたが、不適切な対応等を行ったとして、DFC と当該 (元) 同僚に対し、1964 年公民権法 Title VII 及びニューヨーク市人権法に基づき、訴えを提起した。被告 DFC は、原告の身体及び精神状態に関するあらゆる証拠書類のディスカバリー要求を行ったが、原告が当該ハラスメント以前には精神的問題はないと述べていたにもかかわらず、デポジションにおいて、当該ハラスメント以前に、原告が誤認逮捕により甚大な精神的苦痛を被ったとして訴えを提起し和解により原告が 4 万ドル受領していたことが発覚した。さらに、当初、原告は当該人事担当者との会話の録音を否定していたが、最終的には録音したこと及び当該録音を消去したことを認めた。そのため、被告 DFS (被告元同僚も追って当該申立てに参加) は、原告に対し、当該録音消去の証拠破棄に対する制裁の申立てを行った。これに対し原告は、当該録音の復元を主張するものの、本件では、以下のような理由により、規則 37 条 (e) 及び裁判所の固有権に基づき、裁判所により不利益推認説示が適切な救済手段として認められた。

【裁判所の判断概要】

裁判所は、規則 37 条 (e) は本件のような当事者が故意に (intentionally) 録音を削除した場合、「当事者が保存のための合理的な措置を懈怠した」場合に該当せず、そのような場合にのみ規則 37 条 (e) は適用されるとの被告側の主張を認めた。すなわち、2015 年改正規則 37 条の諮問委員会注釈は、規則 37 条 (e) が電子保存情報の保存を懈怠した場合における潜在的制裁を避けるため過剰な労力と金銭的負担に加え、電子保存情報の継続的かつ急激な増加によって引き起こしている重大な問題に対処するための規定である、と説明し (CAT3 LLC v. Black Lineage, Inc., 164 F. Supp. 3d 488, 495 (S.D.N.Y. Jan. 12, 2016) 参照)、これらを考慮すると、規則 37 条 (e) は本件では適用されないとする³³。なぜなら、コンピュータ上の当該録音の喪失が、当該録音の喪失を防ぐために不適切なシステムの設置によるものではなく、当該録音を削除するための原告の特定の行為によるものだからである。

規則 37 条 (e) が適用されない場合、証拠破棄への制裁を課すため、裁判所は訴訟をコントロールする固有権限 (inherent power) に依拠することができるとし、West v. Goodyear Tire & Rubber Co., 167 F. 3d 776, 779 (2d Cir. 1999) ; Cat3, 164 F. Supp. 3d at 497 を参照する。

原告が、「相手方当事者の訴訟における情報の利用を妨げる意図」をもって録音を消去したのではないため規則 37 条 (e) は適用されないと主張に対し、裁判所は、ここでは規則 37 条 (e) は適

32 Hsueh v. N.Y. State Dep't of Fin. Servs., No.15 Civ. 3401 (PAC), 2017 Lexis 49568 (S.D.N.Y., Mar. 31, 2017).

33 改正前規則 37 条 (e) が明確なセーフハーバー規定であったことから、制裁回避のための救済規定としての規則 37 条 (e) が適用されないという趣旨と解すれば、結論として固有権又は規則 37 条 (e) による制裁を認めることと矛盾しないが、判旨がやや不確かであることは否めない。

用されないが、例え規則 37 条 (e) が適用されたとしても、裁判所としては、原告は「相手方当事者の訴訟における情報の利用を妨げる意図」をもって行為したと結論付けるだろう。裁判所は、原告が当該録音が訴訟において利用されるのを防ぐため消去したと結論づける。従って、原告は悪意 (bad faith) でもって当該録音を消去したものである。

したがって、規則 37 条 (e) 又は裁判所の固有権 (the Court's inherent authority) に基づき、裁判所の実事認定の点について、不利益推認説示が妥当な救済手段である。

② CAT3 LLC v. Black Lineage³⁴, (以下「CAT3 判決」という。) (証拠変更・改ざん事案)

【事案の概要】

原告 Cat3, LLC 及び Suchman, LLC は、服の販売及びオンラインマガジンとウェブサイトで使用する SLAMXHYPE 商標及び www.SLAMXHYPE.com ドメインの権利を主張し、FLASHXHYPE 商標及び www.FLASHXHYPE.com ドメインを使用する被告 Black Lineage, Inc. を商標権侵害等で訴えた。

重要な争点は、被告らが FLASHXHYPE 商標を独自に想起したものか、それとも SLAMXHYPE 商標が使用されていることを知った後、原告らの評判に基づいて商取引を展開しようとしたのかどうかであり、被告らが SLAMXHYPE 商標について最初に認識した時点がいつかという点である。原告代理人は被告 Black Lineage, Inc. の代表者らのデポジションの際に、別紙 10 と記された書面 (被告 Black Lineage, Inc. の従業員によって送付された E メールで、宛先 (to) アドレスには、原告従業員のメールアドレスとして、XXX@slamxhype.com と記載され、被告代表者のアドレスには XXX@blacklineage.com と記載され、他の被告従業員については XXX@thecollective.com と記載されていた) を提示した。当該被告代表者は当該 E メールを受け取ったことはあるが、原告従業員のメールアドレスが XXX@ecko.com であったと証言した。そこで、被告代理人は元のフォームでの原告の Eメールの提出を求め、原告は PST ファイルや zip ファイル等を含む USB ドライブを提出した。被告らがフォレンジック分析 (forensic analysis) をフォレンジック専門家に依頼したところ、当該 Eメールには二つのバージョンが存在し最初 (トップ) のバージョンには送信者、受信者情報、時間、日付、内容全てが完全に含まれている。しかし、当該最初 (トップ) バージョンの裏側に存在する、ほぼ完全に近いコピーされたバージョンから、最初 (トップ) のバージョンにおいては Eメールのドメインが変更されているとし、この裏側にあるほぼ完全に近いコピーされたバージョンの方がオリジナルの Eメールであると分析された。さらに、このような変更は意図的な行為でないと生じえないとも判断された。このような状況において、被告らは、原告らが当該請求に関する Eメールをディスカバリーの要求に基づき提出する前に変更したとして、証拠破棄に基づき、連邦民事訴訟規則 26 条及び 37 条、及び固有権に基づき、請求の却下、不利益推認、排除命令、訴訟代理人の報酬及び費用負担の制裁を求めた。これに対し、原告らは意図的な行為による変更を否定し、IT 担当の原告役員は外

34 CAT3 LLC v. Black Lineage, 2016 WL 154116 (S.D.N.Y. Jan. 12, 2016)

部業者にEメールシステム移行を依頼しシステム移行したことを述べ、その際に意図的ではなく変更されてしまった可能性がある等と反論した。原告側の専門家も同様の可能性を述べたがそのような可能性は一般的ではないとも述べている。

【裁判所の判断概要】

証拠喪失の際の制裁基準が連邦巡回区控訴裁判所の中で統一されておらず、厳しい制裁に対する不要な危惧が生じ、そのため過剰な証拠保存の負担が発生したため、そのような問題に対処するために改正規則 37 条 (e) が採用された。諮問委員会注釈は明確に Residential Funding 判決の基準を否定し、規則 37 条 (e) のとおり、厳しい制裁は「相手方当事者の訴訟における情報の利用を妨げる意図」が認定される場合にのみ課せられる。証拠保存義務については規則 37 条 (e) が規定するものではなく、当該義務はこれまでの裁判例 (case law) に従う。

原告らは本件では証拠喪失も生じておらず、回復又は代替が不可能となったものでもないとして規則 37 条 (e) の適用を否定する。しかし証拠の回復又は代替がなされたとは言い得ない。諮問委員会注釈では電子保存情報がその性質から様々な場所に保管されるので、一つの保管先の当該情報が喪失しても他の保管先から代替情報が得られれば当事者に不利益は発生しないと注釈する。しかし本件では、ほぼ完全に近いコピーされたバージョン (型) が別のバージョン (型) とともに存在し、異なるアドレスを示しているため、どちらのバージョンのEメールも真正性に疑問がある。Victor Stanley における裁判所の判断も同様の結論に達している。

このような理由があるにもかかわらず、仮に本件で規則 37 条 (e) が適用されないとしても、証拠破棄に対する救済のために固有権 (inherent authority) を行使することができる。諮問委員会注釈には固有権 (inherent authority) や州法に依拠できない趣旨の記載があるが、その意味は、Residential Funding 判決のように単なる過失による証拠破棄の制裁として、固有権 (inherent authority) や州法を事件 (case) を却下するための根拠としてはならないということである。そのため、悪意による証拠破棄においては固有権 (inherent authority) に依拠し得る。例えば規則 37 条 (e) が適用されない場合であっても、固有権 (inherent authority) に基づく制裁は可能である。

司法過程の濫用に対処するために固有権限 (inherent power) の行使が必要な場合に同一の争点に対処し得る別の権限があり得るかどうかは重要ではない。Chambers ケースにおいても、同じ行為に制裁を課す手続規則が存在しても、裁判所の固有権限 (inherent power) を用いることができると述べている。

たとえ規則 37 条 (e) が適用されないとしても、裁判所の固有権に基づき制裁し得る。たとえ真正な証拠が成功裏に削除されなかったとしても、当事者による証拠の改ざん、真正性の破壊行為の試み、競合する情報は司法過程の完全性を脅かすものである。

証明度は証拠の優越の基準 (the preponderance of the evidence standard) や明白かつ確信の基準 (clear and convincing standard) があるが、訴訟終結させる制裁を求め、原告の心理状況が争点とな

る本件では明白かつ確信の基準 (clear and convincing standard) が妥当である。

明白かつ確信に至るまで、原告らが当該訴訟において有利になるよう当該Eメールを偽装したことを示す証拠 (直接証拠と同等に重要な状況証拠) が存在する。認定事実から、規則37条(e) (規則37条(e)(1)及び(2))に基づく制裁に必要な要件は認められ、仮に原告主張のとおり規則37条(e)が適用にならないとしても、固有権 (inherent authority) に基づく制裁が認められる。

もっとも規則37条(e)又は固有権に基づき、訴えの取り下げや不利益推認というドラステックな制裁は可能であるが、これは強制ではない。不必要にドラステックな制裁を課す必要はない。

本件では、第一に、原告は被告のSLAMXHYPE商標の認識という争点につきその立証のため(デポジションで)提出された各バージョンのEメールに依拠することは禁止される。当該証拠排除以上の訴え却下、不利益推認、より広範な証拠排除は不要である。第二に、原告らは、原告らの不正行為を立証し救済を求めるために被告らに生じた費用(合理的な弁護士費用を含む)を負担しなければならない。

(2) 規則37条(e) 不適用事案

Thomas Y. Allman教授は、改正連邦民事訴訟規則の施行後の裁判例を検討し、規則37条(e)を適用し適切に対処した裁判例と規則37条(e)を適用すべきであった事案にもかかわらず適用しなかった規則37条(e)不適用事案があることを的確に指摘している(脚注23参照)。規則37条(e)不適用事案であっても、固有権型事案として適切な制裁が課されている場合や規則37条(e)適用の場合と結論において相違ない場合には行為規範としての予測可能性の問題が生じうるとしてもそれ程大きな問題とまでは言い得ない。特に問題なのは、規則37条(e)不適用事案の中で、規則37条(e)を適用していれば結論が異なっていた事案(以下「規則排除型事案」という。)である。特に改正規則37条(e)の諮問委員会注釈やCAT3判決に明確に指摘されており、過失の場合でも不利益推認説示のような厳しい制裁を課していたResidential Funding判決のような裁判例は否定され、規則37条(e)(2)に列挙されているような厳しい制裁を課するには、当事者が相手方当事者の訴訟における情報の利用を妨げる意図(『規則37条(e)(2)固有要件』)又は固有権に基づく場合であっても同等又はそれ以上の悪意による証拠破棄が必要とされる。それにもかかわらず、以下の裁判例のようにResidential Funding判決と同様に過失による証拠喪失の場合においても厳しい制裁が課されるとすれば、過剰な証拠保存等による負担回避のために改正された規則37条(e)の立法趣旨が没却されてしまう状況にある。

Christoffersen v. Malhi³⁵ (以下「Christoffersen判決」という。)(規則排除型事案)

【事案の概要】

原告の車両と被告会社の単独オーナーであった被告が運転していたトレーラーとが衝突した。被告

35 Christoffersen v. Malhi, No. CV-16-08055-PCT-JJT, 2017 LEXIS 94700 (D. Ariz. June 20, 2017).

会社の保険会社は、原告の傷害に関する請求について確認した旨のレターを原告代理人に送付し、その後当該車両を運転していた原告の夫は死亡し、当該保険会社に死亡の事実が伝えられた。

被告は保有不動産を義理の弟に移転し、原告は被告らに近々予定されている訴訟に関する書類の保存を要求する配達証明付郵便でレターを送付したところ、宛先不明で返送された。その後被告は被告会社を解散し全ての記録とファイルを処分した。

原告は過失や当然の過失等を主張し訴えを提起し、そのディスカバリー手続において、被告は当該業務運営に関連する書類を提出できず、唯一提出したのは関連する保険証券だけであった。そのため、原告は、欠席判決を含む制裁の申立てをした。

【裁判所の判断概要】

地方裁判所は「事件の秩序ある、かつ迅速な処理を達成する業務運営のための」固有権限 (inherent power) の一部の行使として制裁を課することができる (Chambers v. NASCO)。地方裁判所のこの固有権限による制裁は証拠破壊に対して用いることができる。裁判所の対応として3つの制裁手段がある。第一に、不利益推認、第二に、証言排除、第三に訴え却下又は欠席判決である。

裁判所による制裁を課するためには証拠破壊をした当事者の悪意 (bad faith) は必要ではない。破壊された証拠が訴訟に潜在的に関連することを単に認識していた当事者に対して裁判所は制裁を課し得る。しかし、当事者の動機や当事者の過失 (fault) の程度は如何なる制裁を課すかに関わる。

当事者が係属中又は将来の訴訟に関連する証拠であることを認識し又は認識すべき場合には証拠保存義務が生じることが確立している。被告らが被告会社を解散し関連する記録を破壊後、15乃至18カ月経過するまで原告らの訴状が提出されなかったことは明らかであるが、被告らが当該事故を認識していたこともまた明らかである。被告らは保険会社から傷害請求及び原告の夫の死亡に関する複数の通知を受け取っており、被告らは潜在的請求について認識し、被告会社の記録が当該請求に関連することを認識すべきであった。したがって、被告らには被告会社が解散および証拠破壊する以前に証拠保存義務が発生していた。

裁判所は欠席判決はドラスティックすぎるためより緩やかな制裁手段を検討するとし、第9巡回区では不利益推認説示を発動するのに必要な帰責性の程度は明確に述べられてはいない。しかし、当該破壊が故意 (willful) 又は重過失 (grossly negligent) による場合、裁判所は不利益推認説示が正当化され得ると認定している。

上記で検討したように、被告らは証拠保存義務の生じていた被告会社に関連する全ての書類を破壊した。被告の義理の弟への財産の移転のタイミングは、少なくとも潜在的訴訟を被告が認識し責任を回避する意図であったことを示す情況証拠ではあろう。被告の行為は故意でなくとも重過失であり、不利益推認を正当化する十分な帰責性がある。したがって、裁判所は不利益推認説示が認められるものと認定する。

(3) 検討

米国では、コモン・ロー上証拠保存義務が認められていたが、当該義務違反に対する制裁要件が、巡回区毎に制裁要件が異なり、当事者に対する行為規範が不明確となっていた。そのため当事者は制裁をおそれるあまり、特に電子保存情報（ESI）に関して過剰に証拠を保存せざるを得なくなり問題となったため、その対応策として、規則 37 条（e）が 2006 年に制定され 2015 年に改正された。その後、本稿における検討のとおり、DVComm 判決及び Freidman 判決のような典型事案の裁判例によって、規則 37 条（e）の『前提要件』、『規則 37 条（e）（1）固有要件』及び『規則 37 条（e）（2）固有要件』の相互関係、各要件の解釈、適用範囲が次第に明確となっている。規則 37 条（e）の適用範囲の明確化により当該規則が行為規範として有効に機能するようになる。もっとも、典型事案においても傍論にて言及するとおり、規則 37 条（e）の適用は、裁判所の固有権による制裁を排除しない。そのため、固有権型事案の適用範囲が明確化されないと、規則 37 条（e）の行為規範性が失われてしまう。固有権型事案において、Hsueh 判決では訴訟での利用を妨げるため証拠を破棄した悪意（bad faith）の当事者に対して固有権に基づく不利益推認説示が妥当とされたが、規則 37 条（e）をも根拠とし得るとする。この点は悪意（bad faith）と『規則 37 条（e）（2）固有要件』との関係（当該要件の重複関係等）を今後の裁判例を踏まえてより詳細に検討する必要がある。CAT3 判決は、悪意型事案の一種でもあり、Hsueh 判決と同様に悪意による証拠破棄当事者に対する固有権に基づく制裁を認め、Residential Funding 判決を明確に否定し、当該破棄に対し制裁を課し得る規則が存在しても、固有権に基づく制裁を課し得ることを明確に述べ適用規範を明確化する（この点は Hsueh 判決と同旨）。さらに、CAT3 判決は証拠の「喪失」に至っていないと評価し得る要素があるため、この点を踏まえて、規則 37 条（e）の『前提要件』を満たさないため、規則 37 条（e）が適用されないとしても（証拠変更・改ざん事案）、固有権に基づく制裁を認めており、固有権に基づく独自の制裁領域を明確化する。もっとも、CAT3 判決は不必要な厳しい制裁を課す必要はないとして歯止めもかけている。なお、CAT3 判決は証明度として明白かつ確信の基準（clear and convincing standard）による証明が必要とするが、典型事案では証拠の優越の基準（the preponderance of the evidence standard）とされており、証明度基準については統一化は図られていないともいえ（規則 37 条（e）と重複しない固有権による制裁で、かつ厳しい制裁のみ高い証明度基準を用いるとの方向性はあり得る。）、今後の展開を踏まえて検討を要する。

規則 37 条（e）不適用事案の中の規則排除型事案である Christoffersen 判決は、CAT3 判決と明らかに矛盾し、重過失による場合に不利益推認説示を認めることは、Residential Funding 判決を明確に否定し、行為規範性を確保し過剰な証拠保存を回避しようとした改正規則 37 条（e）の趣旨を没却するものである。したがって、このような裁判例は減少していくものと思われるが、固有権に基づく制裁と規則 37 条（e）の制裁との適用範囲の明確化の今後の進展によるものと思われる。

このような規則 37 条（e）に関連する判例及び裁判例の状況は、日本の民事裁判手続上、どのような示唆をもたらすか若干検討する。上記のとおり、米国では 2015 年改正の規則 37 条（e）によって

当該制裁の発動要件が明確化されたにもかかわらず、コモン・ロー上の裁判所の固有権に基づく制裁が排除されていないために、証拠保存義務に関する行為規範性の問題が解消されていない。これに対し、日本においては、そもそも証拠保存義務自体を直接定めた法規は存在しないため、当該法規を前提とした裁判官に対する裁量規制、当事者及び裁判官に対する行為規範性が直ちに問題となるわけではない。しかし、証拠保存義務が一定の要件のもと解釈上発生すると解する場合、当該証拠保存義務に違反し証拠を破棄したときには証明妨害の一般法理又は実定法上の効果（民訴法 224 条等）に基づいて制裁が課されるならば³⁶、行為規範性の問題（制裁権限を有する裁判官に対しては裁量規制の問題）は米国同様に生じ得る。日本における民事裁判手続においては、裁判官の裁量規制として、職権進行主義を背景とする手続運営面における裁判官に対する行為規範としてのガイドラインや行動準則の策定に焦点が当てられているが³⁷、もちろん釈明権や暫定的心証開示に見られるように実体形成面における裁量規制も問題となる³⁸。訴え提起前を含む訴訟進行過程における証拠保存義務の場面に焦点を当てると、証拠保存義務違反における制裁権限を有する裁判官に対する手続運営面における裁量規制の問題（裁判官に対する行為規範性の確立の問題）と当事者及び訴訟代理人に対する証拠破棄を回避させるための行為規範性の問題が前面に現われてくる³⁹。これに対し証拠保存義務違反における制裁発動の場面に焦点を当てれば、判断者である裁判官の事実認定に対する制約ともなり得るため実体形成面における、ある種の裁量規制の問題と考えられる⁴⁰。

米国の議論から示唆されることは、証拠保存義務と当該義務違反による制裁を検討する際には、単に制裁の選択肢が多ければよいというものではなく、当事者及び裁判官に対する行為規範性に配慮しつつ、実体的正義と手続的正義がともにバランス良く実現されるように、解釈論を展開し制度設計しなければならないということである。例えば、日本では規則 37 条 (e) のような規定がそもそも存在しないため解釈上証拠保存義務を展開する際には、まず、当事者等に対する行為規範性を確立するため証拠保存義務の発生要件及び当該義務違反による制裁要件を解釈上明確にしなければならない。次に、証拠を確保させるためには、当事者及び裁判所の訴訟過程における協力も不可欠であることから、手続進行過程において、当該証拠保存義務を前提として、訴えの提起前における照会（民訴法 132 条の 2）や当事者間での事前交渉を契機とした証拠の取扱いに関する協議や慣行の確立、当事者

36 拙稿・前掲注 (9)〔民事訴訟手続における証拠保存義務〕75 頁以下。

37 加藤新太郎『手続裁量論』67 頁以下（弘文堂、平成 8 年）、同「民事訴訟の運営における手続裁量」209 頁新堂幸司 先生古稀祝賀『民事訴訟法理論の新たな構築 上巻』（有斐閣、平 13）。

38 加藤・前掲注 (37)〔手続裁量論〕65 頁。

39 もともと、日本における証拠保存義務の検討は、当事者による証拠破棄等のように当事者の行為規範性の問題が端緒となっている。拙稿・前掲注 (9)〔民事訴訟手続における証拠保存義務〕51 頁以下。

40 証拠保存義務発生要件と制裁発動要件との関係を検討する際には、行為規範と評価規範の関係性が、その分離関係も含めて問題となり得る。拙稿・前掲注 (9)〔民事訴訟手続における証拠保存義務〕76 頁以下、80 頁以下。民事訴訟法上の一般的な行為規範と評価規範の問題については、新堂幸司『新民事訴訟法』59 頁以下（弘文堂、第 5 版、平 23）、内田貴『民事訴訟における行為規範と評価規範』3 頁以下新堂幸司編著『特別講義民事訴訟法』（有斐閣、昭 63）。

及び裁判所との証拠取扱いに関する協議⁴¹、裁判所による釈明や証拠採否での一定の指針に基づく考慮等のプロセスを一定の解釈理論に基づき確立する必要がある。この点、加藤新太郎教授（元判事）が提唱する手続裁量論や山本和彦教授が提唱する審理契約論⁴²も当該解釈を支える基礎理論となり得るものと考えられる。さらに、実体形成面に大きく影響する制裁の点では、米国における規則 37 条 (e) による制裁と固有権に基づく制裁との交錯による問題と同種の問題が生じることを避けるため、証拠保存義務違反に基づく証明妨害の一般法理としての制裁の内実を解明するだけでなく、当該制裁と実定法上の効果（民訴法 224 条等）との関係も明確にする必要がある。日本における証拠保存義務の行為規範性を実務上も浸透させるために、今後も米国における裁判例、学説等による当該問題の進展に注視して、審理過程にも配慮した証拠保存義務の解釈理論を展開し深化させることが筆者の今後の課題であり、適宜研究成果を発表したい。

以上

41 米国では、規則 26 条 (f) 及び規則 16 条において、電子保存情報 (ESI) の保存及びディスカバリーに関する合意に関する事項がディスカバリー会議及びスケジュール会議における協議事項となっている。日本の民事訴訟手続においては、山本和彦教授が提唱する審理契約論を踏まえた展開が可能ではないかと考えるが、証拠保存義務と併せた今後の検討課題である。審理契約論について、山本和彦『民事訴訟審理構造論』399 頁以下（信山社、1995）、同「審理契約再論」184 頁以下『民事訴訟法の現代的課題 民事手続法研究 I』（有斐閣、2016）。

42 手続裁量論と審理契約論の関係については、山本和彦編『民事訴訟の過去・現在・未来』189 頁以下（日本評論社、2005）、大江忠＝加藤新太郎＝山本和彦『手続裁量とその規律』3 頁以下（有斐閣、2005）。